Annalen

der

Großherzoglich Badischen Gerichte.

In

Verbindung mit Oberhofgerichtsrath **Dr. Zentner**, Hofgerichtsrath **Stempf**, **Haager**, **Ed. Brauer**
und anderen Rechtsgelehrten des Großherzogthums

herausgegeben

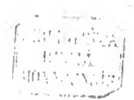
von

V. Bayer,

Oberhofgerichtsrath in Mannheim.

Achtzehnter Jahrgang.

Mannheim.
Verlag von J. Bensheimer.
1851.



Register
zum XVIII. Jahrgang der Annalen.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

Erläuterungen

der älteren Prozeßordnung:

der abgeänderten Prozeßordnung:

der Landrechtssätze:

der Anhangsätze:

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. **No. 1.** **Mannheim**, 4. Januar **1851.**

I.

Einiges über Nebeninterventionen.

1) Eine Nebenintervention findet nach §. 104 der Pr.O. überhaupt nur in einem zwischen Andern anhängigen Rechtsstreite statt und die Stellung des Nebenintervenienten — der nach §. 105 der Pr.O. Streitgenosse der Parthie wird, welcher er sich anschließt — besteht darin, daß er die Rechte dieser Parthei vertheidigen hilft.

Es ist also vor Allem erforderlich, daß ein Rechtsstreit zwischen zwei Partheien anhängig ist, ehe von einer Nebenintervention die Rede sein kann.

Diese Anhängigkeit tritt aber, bezüglich auf einen Beklagten und diejenigen, welche sich ihm anschließen wollen, noch nicht mit der Erhebung einer Klage, und beziehungsweise der darauf ergehenden richterlichen Verfügung ein, vielmehr erst dann, wenn die belangte Parthie (sofern sie mit dem Nebenintervenienten nicht gemeinschaftlich auftritt) eine Antwort ertheilt hat, worin sie zu erkennen gibt, daß sie in irgend einer Weise abgeneigt ist, dem ihr vom Kläger gemachten Ansinnen zu willfahren. So lange jene Antwort nicht erfolgt, ist es ungewiß, ob ein Streit ausgekämpft werden soll, oder die Theile sich verständigen. Insolange man aber nicht weiß, ob und in wie weit eine Parthei eine feindliche Stellung den Andern gegenüber einnehmen will, ob überhaupt zwischen ihnen ein Streitpunkt und welcher vorhanden ist, bei dem ein Mitstreiter behülflich sein kann, insolange ist auch ein Consortium zum Zwecke der Vertheidigung nicht möglich.

Bei einer noch nicht existirenden Vertheidigung ist keine Gelegenheit zur Unterstützung bei dieser Vertheidigung und somit auch nicht zur Nebenintervention gegeben. Ein selbstständiges Recht des Intervenienten kann natürlich nicht in Betracht kommen, da ein Solches nur im Wege einer Hauptintervention geltend gemacht werden müßte.

2) Außerdem muß auch derjenige, welcher als Nebenintervenient in den anhängigen Rechtsstreit einzutreten beabsichtigt, sich darüber legitimiren, daß aus dem Unterliegen der Parthei, der er sich anschließen will, ihm selbst folgeweise oder mittelbar Nachtheil erwachsen würde.

Diese Bestimmung, wie die ganze Lehre unserer Prozeß-Ordnung von der Intervention wurde aus dem gemeinen Rechte entlehnt. Nach diesem unterliegt es aber keinem Zweifel, daß der dem Nebenintervenienten drohende Nachtheil mit dem nämlichen Gegenstande in Verbindung stehen muß, auf welchen sich der zwischen den Andern anhängige Rechtsstreit bezieht; so daß ex re judicata das Unterliegen der betreffenden Parthie auf den Nebenintervenienten fortwirke, wie auch die ältere, in den Motiven zur Prozeß-Ordnung von v. Weiler (Seite 6.) als deren Quelle angezogene Obergerichts-Ordnung in §. 120 mit ausdrücklichen Worten ausspricht:

> („Wohingegen ein solcher Dritte sein Interesse bei einem vorliegenden Rechtsstreite nur darauf zurückführte, daß Gewinn und Verlust des einen Theils wegen dessen Rückgriffsbefugnissen oder sonst folgeweise eine gesetzmäßige Fortwirkung auf ihn haben würde, da hat solcher eine Beiklage einzureichen.")

Die Rechtslehrer (z. B. Gensler) führen daher als Hauptbeispiele solchen Interesses gewöhnlich Regreßklagen an, welche dem Nebenintervenienten (dem Bürgen ꝛc.) drohen können und die Verhältnisse des dominus bei Klagen gegen den possessor rei alienæ (Lehensherrn, Obereigenthümer, Eigenthümer eines in Nutznießung befindlichen Gutes ꝛc.) und sie stellen den Grundsatz auf, daß

dasjenige Subject zur Nebenintervention legitimirt sei, welchem ein streitender Theil lis denunciren könne.

Ein solcher Nachtheil ex re judicata tritt nicht ein, wenn derjenige, welcher in einem Rechtsstreite als Nebenintervenient sich darstellen will ebenso, wie der Gegner, blose Gläubiger dessen sind, dem Ersterer in dem Prozesse mit Letzterem sich anschließen will, da die Ansprüche des Einen und Andern an ihren vermeintlichen Schuldner in keinem innern Zusammenhange stehen, ein Prozeß neben dem andern verfolgt und erledigt werden kann und das Unterliegen des Beklagten in dem Einen wie dem Andern, auf die Rechtsverhältnisse der übrigen Gläubiger keinen weitern Einfluß äußert, als daß die Zahl der Concurrenten um das einst den Gegenstand des Urtheilsvollzugs bildende Vermögen des Schuldners sich vergrößert, so daß dieses vielleicht zu Befriedigung Aller nicht hinreicht; hier also der Nachtheil, welcher dem einen Gläubiger etwa erwachsen würde, nicht aus der Rechtskraft des Urtheils abzuleiten wäre, welches ein andrer Gläubiger gegen ihren gemeinschaftlichen Schuldner erwirkt hat, sondern aus der möglicherweise eintretenden Unzulänglichkeit der Vollstreckungsmittel.

3) Aus dem blosen Verhältnisse der Concurrenz um das Vermögen eines Schuldners ist den einzelnen Gläubigern nur im Falle eines förmlichen Concurses (Pr.O. §. 868.) und je nach Umständen im gewöhnlichen Vollstreckungsverfahren (§. 1072. der Pr.O. — hier aber gewiß nur mittelst Hauptintervention) die Bestreitung der Ansprüche anderer Gläubiger gestattet; soweit nicht der Gläubiger die (jedenfalls auch selbstständig zu verfolgende) actio pauliana angestellt hat.

Diese Grundsätze wurden vom Oberhofgerichte in folgendem Falle angewendet.

Wittwe W. hatte gegen den flüchtigen H. bei dem betreffenden Amte einen Zahlungsbefehl nachgesucht, welcher ertheilt wurde.

Hiergegen erhob die großh. Generalstaatscasse, ohne daß vorher eine Erklärung des angeblichen Schuldners H. erfolgt war, Einsprache, indem sie vortrug:

Der Beklagte steht in Untersuchung wegen Theilnahme am Hochverrath und wird wegen dieses von uns dereinst vermöge L.R.S. 1382 ff. auf Schadenersatz solidarisch mit den übrigen Theilnehmern belangt werden. Wir sind deßhalb wesentlich dabei interessirt, daß nicht ungegründete oder fingirte Forderungen an ihn gemacht werden, und treten nun, um dieses zu verhüten, gemäß §. 104. fg. der Pr.O. dem gegenwärtigen bedingten Mandatsprozesse als Intervenienten bei, indem wir zunächst erklären, daß die Kläger'sche Forderung widersprochen werde. Wir bitten die Klägerin hievon unter dem Anfügen in Kenntniß zu setzen, daß ihr nun überlassen seie, förmliche Klage gegen ihren angeblichen Schuldner zu erheben.

Das Amt erkannte: die Nebenintervention finde nicht statt, und dieses Erkenntniß wurde in der Appellations- und Oberappellations-Instanz bestätigt.

R.

II.

Oberhofgericht.

1) Die ursprünglich nur gegen Gastwirthe eingeführte actio de recepto findet auch gegen die Unternehmer von Eisenbahnen statt.

2) Die Haftbarkeit der Unternehmer für ihre Dienstleute erstreckt sich auf Sachen und Personen zugleich.

3) Nur Zufall oder höhere Gewalt befreit von der Verantwortlichkeit für den zugefügten Schaden.

Morlock gegen Fiscus.

Durch den Zusammenstoß zweier Bahnzüge, welcher sich am 2. Januar 1846 an der Station St. Ilgen ereignet hat, wurden mehrere Reisende, namentlich Salomon Kund von Mannheim und Leopold Morlock von Durlach, schwer verwundet.

In Folge der hierüber eingeleiteten Untersuchung erklärte das hofger. Urtheil vom 31. März 1846 den L. Dewerth, als Führer des einen Zugs, der schuldhaften Verwundung der genannten zwei Passagiere für schuldig, wobei es auf den von Dewerth eingewandten Recurs nach dem oberhofger. Urtheil vom 14. Juli 1846 sein Verbleiben behielt.

Annalen XIV., 113—120.

Nach L.R.S. 1382 kann es nun keinem Zweifel unterliegen, daß Dewerth den durch seine unrechte That angerichteten Schaden vergüten müßte. Vergl.

Annalen XV., No. 20 u. 32. XVI., No. 16, S. 105. XVII., No. 2, S. 14.

Da er jedoch keine Mittel besitzt, um Entschädigung leisten zu können, so ist es von großem Interesse zu wissen, wer etwa sonst für jenen Schaden verantwortlich gemacht werden kann? Zuerst nahm S. Rund bei dem großh. Hofgerichte des Unterrheinkreises den großh. Fiscus nach Maaßgabe des L.R.S. 1382 f. auf Entschädigung in Anspruch, weil derselbe zufolge L.R.S. 1384 als Geschäftsgeber für Dewerth gutstehen müsse.

Das gr. Hofgericht sah die Klage im Allgemeinen als begründet an und hielt die Einrede, daß der gr. Fiscus von der Haftbarkeit befreit sei, weil er die fragliche Handlung seines Geschäftsträgers nicht habe hindern können, für unbegründet, weil der L.R.S. 1384 verfüge: daß der Geschäftsgeber an der Stelle des Geschäftsträgers, gleich als ob dessen Verschulden sein eigenes wäre, zu haften habe, somit unterstelle, daß nur entweder die Mitwirkung einer höheren Gewalt, oder die Vorkehr außerordentlicher Hilfsmittel von dieser Haftbarkeit befreit, weil sonst die gesetzliche Regel alle Anwendung verlieren würde.

Daß dieses die Absicht des Gesetzes sei, ergebe sich aus der Vergleichung der übrigen im L.R.S. 1384 und insbesondere im L.R.S. 1384a angeführten Fälle, wornach die Haftbarkeit, z. B. des Hauseigenthümers für seine Miethleute, auf Handlungen ausgedehnt sei, die mit aller gewöhnlichen Sorgfalt nicht vorausgesehen und nicht verhindert werden können.

Unseres Erachtens ist aber die fiscalische Einrede ganz unstatthaft, weil die Bestimmungen des L.R.S. 1384 sich lediglich auf Fälle beziehen, wo die Partheien nicht in Vertragsverhältnissen zu einander stehen *). Mit der Lösung eines Fahrbillets entsteht jedoch ein Vertrag, nämlich ein Dienstverding (L.R.S. 1779, Abs. 2) zwischen dem Reisenden und dem Unternehmer der Eisenbahn, wodurch der Letztere sich verbindlich macht, den Ersteren an den auf dem Billet bezeichneten Ort zu verbringen und zwar, wie sich nach L.R.S. 1135 von selbst versteht, in unversehrtem Zustande.

Wird nun der Reisende auf der Fahrt beschädigt, so kann sich der Unternehmer nur dadurch von der Entschädigung frei machen, daß er den Beweis liefert, wie er durch Zufall oder höhere Gewalt verhindert worden sei, seine Verbindlichkeit gehörig zu erfüllen. L.R.S. 1142. 1147. und 48.

Der Prozeß gelangte zwar durch die von S. Rund ergriffene Appellation in zweiter Instanz an das gr. Oberhofgericht, welches indessen, weil die noch streitigen Ersatzposten für unbegründet erachtet wurden, nicht in die Lage kam, die Gesichtspunkte festzustellen, nach welchen der gr. Fiscus für Beschädigungen der vorliegenden Art subsidiarisch haften muß.

Dazu gab erst der andere Prozeß, welchen L. Morlock bei dem gr. Hofgericht des Mittelrheinkreises gegen den gr. Fiscus eingeleitet hat, die nächste Veranlassung.

Der auf die L.R.S. 1384. 1783. und H.R.S. 103 gestützten Klage wurde ebenfalls die Einrede entgegen gehalten, daß der Beklagte die fragliche Handlung, welche die Beschädigung des Klägers zur Folge hatte, nicht habe abwenden können.

Das gr. Hofgericht fand diese Klage nach Ansicht des L.R.S. 1382 f. u. 1384 begründet, die Einrede hingegen

---

*) Auch ein solcher Fall gelangte, seit dem Bestehen der bad. Eisenbahn, i. S. des A. Glück gegen den großh. Fiscus, zur oberhofgerichtlichen Entscheidung. Auf dem Eisenbahnübergang zwischen Urloffen und Zimmern war nemlich ein Pferd dadurch verunglückt, daß es mit dem Griffe des Hufeisens an der fehlerhaft gelegten Uebergangsschiene hängen blieb, sofort zu Boden stürzte und den linken Vorderfuß brach. Das gr. Hofgericht verurtheilte auf die Klage des Eigenthümers den gr. Fiscus, den Werth des verunglückten Pferdes zu ersetzen. Dieses Urtheil ward in Erwägung, daß die Anbringung einer Vorrichtung der bezeichneten Art auf einem Eisenbahnübergang, oder die Ueberlassung eines so construirten Uebergangs zum allgemeinen Gebrauch als eine Nachlässigkeit und Unverständigkeit erscheint, welche nach L.R.S. 1383 eine Entschädigungspflicht begründet;

in Erwägung, daß diese Nachlässigkeit dem beklagten gr. Fiscus zur Last fällt, da solcher die Eisenbahn erbaut, in Selbstbetrieb genommen und namentlich auch die hergestellten Uebergänge dem allgemeinen Gebrauch überlassen hat, es daher in seiner Pflicht lag, vorerst die Arbeiten untersuchen und solche Schaden drohende Vorrichtungen beseitigen zu lassen;

in Erwägung, daß diese auch durch die Bestimmungen des L.R.S. 1384, Abs. 1 und 3 begründete Verantwortlichkeit um so weniger einem Zweifel unterliegt, als beklagterseits dieselbe in erster Instanz gar nicht abgelehnt, sondern lediglich die vom Kläger behauptete fehlerhafte Construction der Uebergangsschiene widersprochen worden rc.;

am 11. Januar 1850 vom gr. Oberhofgerichte (II. Sen.) lediglich bestätigt. In diesem Rechtsstreite nun wäre der Beklagte, weil er mit dem Kläger in keinem Vertragsverhältnisse stand, befugt gewesen, den im L.R.S. 1384 nachgelassenen Beweis beizubringen, welcher jedoch bewandten Umständen nach nicht hätte beigebracht werden können.

nicht erwiesen und verurtheilte am 6. Mai 1850 den Beklagten zur Entschädigung des Klägers.

Dieses Urtheil erlangte, auf die Appellation des gr. Fiscus, unterm 29. Nov. 1850 die oberhofgerichtliche Bestätigung im zweiten Senate.

Gründe.

Die Eisenbahn ist eine öffentliche Anstalt, welche die Bestimmung hat, Personen und Sachen gegen eine gewisse Vergütung von Ort zu Ort zu befördern.

In so fern vertritt die Eisenbahn die Stelle der Posten, der Frachtfuhren und ähnlicher Unternehmungen.

Der Staat als Unternehmer dieser Anstalt haftet daher wie der Fuhrmann und Schiffer für Verlust oder Beschädigung der ihm zum Transport anvertrauten Sachen. L.R.S. 1782 u. 84, 1952 u. 53, H.R.S. 103.

Diese Verantwortlichkeit ist wegen Gleichheit des Grundes auch anwendbar auf Personen, die sich der Eisenbahn anvertrauen. Wenn also Reisende durch Vergehen oder Versehen des bei der Eisenbahn angestellten Dienstpersonals beschädigt werden, so ist der Unternehmer für diesen Schaden verantwortlich, unbeschadet seines Rückgriffs auf den Urheber desselben.

Durch das hofgerichtliche Strafurtheil vom 31. März 1846 ist aber festgestellt, daß der Locomotivführer L. Dewerth den Zusammenstoß der beiden Züge und damit die schweren Verletzungen des Klägers verschuldet hat.

Diese Rechtswahrheit muß auch der Beklagte gegen sich gelten lassen, weil er für den von ihm angestellten Führer haftet. Der Beklagte wendet indessen unter Bezug auf den Schluß des L.R.S. 1384 ein, daß er die Handlung, wodurch das Unglück herbeigeführt worden, nicht habe hindern können.

Diese Einrede hat in so fern Grund, als von selbst einleuchtet, daß eine abwesende und gar eine moralische Person, wie der Staat, nicht im Stande sein kann, der gewaltigen Kraft des Dampfes, wodurch die Locomotive bewegt wird, augenblicklich Einhalt zu thun und so einem drohenden Unglücke vorzubeugen; sie erscheint jedoch als unerheblich, weil nur Zufall oder höhere Gewalt *) von der Verantwortlichkeit befreit. L.R.S. 1784, 1954, H.R.S. 103.

*) Ueber den Begriff der höhern Gewalt vergl. die nachfolgende Abhandlung.

Nach dem hofgerichtlichen Strafurtheil steht aber fest, daß die Beschädigung des Klägers nicht durch Zufall oder höhere Gewalt, sondern durch Unvorsichtigkeit des Locomotivführers verursacht worden ist.

Der gr. Fiscus kann sich daher der Verantwortlichkeit für den in solcher Weise angerichteten Schaden nicht entschlagen ꝛc.

Die Red.

III.

Haftbarkeit der Fuhrleute und Schiffer für die Aufbewahrung und Erhaltung der ihnen anvertrauten Sachen.

Begriff der höheren Gewalt. L.R.S. 1782, 1784, 1952—54.

Mehrere Handelsleute zu Mannheim übergaben vor einiger Zeit dem daselbst befindlichen Agenten einer Dampfschifffahrtsgesellschaft einige Ballen Waaren in nicht unbeträchtlichem Werthe, um sie auf den Schiffen der Gesellschaft rheinabwärts führen zu lassen. Die Waaren konnten nicht sogleich auf Schiffe verladen werden und wurden deßhalb einstweilen in das Magazin der Gesellschaft gebracht. In dieses Magazin, welches sich zwar in der Nähe mehrerer bewohnter Häuser, ja dicht neben der Wohnung des Agenten selbst befindet, mit seiner Rückseite aber an den Schloßgarten stößt, wurde des Nachts von letztrer Seite her eingebrochen und wurden die sämmtlichen erwähnten Waaren gestohlen. Die Diebe hatten, wie der Augenschein zeigte, die 1½ Fuß dicke steinerne Mauer des Magazins durchbrochen. Die über diesen Vorfall eingeleitete Criminaluntersuchung lieferte kein erhebliches Resultat. In der Folge begehrten die oben erwähnten Handelsleute von der Dampfschifffahrtsgesellschaft den Ersatz des Werths der gestohlenen Waaren. Die Weigerung der Ersatzleistung führte zu einem Rechtsstreite, der in drei Instanzen zu Gunsten der klagenden Handelsleute entschieden wurde. Es lohnt sich der Mühe, die hier einschlagende Hauptfrage etwas näher zu untersuchen, zumal da dieselbe hie und da schon anders beantwortet wurde wie in diesem Falle. Nach L.R.S. 1782 haben Fuhrleute und Schiffleute für die Aufbewahrung und Erhaltung der ihnen anvertrauten Sachen gleiche Verbindlichkeit mit den Gastwirthen.

Der L.R.S. 1943 macht die letztern im Allgemeinen für Entwendungen, die an von Reisenden in das Gasthaus gebrachten Sachen verübt werden, verantwortlich. L.R.S. 1954 befreit sie aber von der Haftung für Diebstähle, „die mit gewaffneter Hand oder sonst mit Uebermacht verübt werden." Es warf sich in unserem Falle die Frage auf, ob der vorliegende Diebstahl unter die Regel des S. 1953 oder unter die Ausnahme des S. 1954 falle. Für das letzte läßt sich namentlich die Autorität Brauer's anführen, welcher (in den Erläuterungen zu S. 1954) Diebstähle mit Einbrechen und Einsteigen als „mit Uebermacht" im Sinne des S. 1954 verübt, angesehen wissen will, weil sie „eine höhere d. i. der möglichen Vorsicht des Wirths überlegene Gewalt" mit sich führten. Außerdem lassen sich auch noch Autoritäten aus der französischen Rechtswelt für diese Ansicht anführen. Nichts destoweniger aber scheint uns sowohl die logische als grammatische Auslegung zu dem Ergebnisse zu führen, daß der vorliegende Diebstahl nicht in den Bereich des S. 1954 gezogen werden könne. Nach dem französischen Urterte dieser Gesetzesstelle werden dort nur die vols faits avec force armée ou autre force majeure von der Regel des S. 1953 ausgenommen. Die Zusammenstellung der vols faits avec force armée und avec autre force majeure zeigt schon, daß hier nur von Diebstählen die Rede sein sollte, welche unter so gefährlichen Umständen begangen würden, daß eine Widerstandsleistung unmöglich wäre. Es deutet diese Zusammenstellung auf den sonst in der französischen Gesetzgebung oft wiederkehrenden allgemeinen Begriff der force majeure, welchen Troplong de l'échange et du louage No. 937 richtig damit erläutert, daß er sagt, derjenige, der sich auf force majeure berufe, müsse, um eine solche vollständig nachzuweisen, darthun können, daß ein Versehen von seiner Seite durchaus nichts dazu beigetragen habe, das eingetretene unglückliche Ereigniß herbeizuführen. Aehnlich drückt sich über diesen Begriff ein Arrêt der cour royale zu Metz vom 18. Januar 1815 aus (welches Duvergier Droit civil. franc. [continuation des Toullier'schen Werkes] t. 19, No. 330 anführt), indem es dort heißt:

> que les voituriers ne peuvent exciper des cas fortuits qu'autant qu'ils justifient qu'il n'y a eu ni négligence, ni imprudence, ni incurie de leur part, et qu'ils ont été dans l'impuissance de prevenir, éviter et attenuer les effets de l'evènement, qui a amené fortuitement la perte ou les avaries.

Während uns die französische Jurisprudenz auf diese Weise durch Aufstellung von Begriffen zu belehren sucht, faßt die römische die Sache concreter auf und wir sehen auf ihrem Gebiete Beispiele der Ursachen, welche den Schiffer und Gastwirth von der ihm obliegenden Haftbarkeit befreien. So sagt die l. 3. §. 1. D. nautæ, caupones, stabularii ut recepta restituant 4. 9. (Ulpianus lib. 14. ad Ed.).

> At hoc Edicto omnimodo qui recipit tenetur, etiamsi sine culpa ejus res periit, vel damnum datum est: nisi si quid damno fatali contingit. Inde Labeo scribit: si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum, exceptionem ei dari. Idem erit dicendum, et si in stabulo aut in caupona vis major contigerit.

Die Ansichten des römischen Rechts erscheinen hier um so bedeutender, als die Bestimmungen der Pandectentitels nautæ, caupones etc. wohl sicher den von uns besprochenen Sätzen des C. N. zur Quelle gedient haben. Schon die in dem Abschnitte des bad. Landrechts oder des C. N. von Fuhr- und Schiffleuten S. 1782 geordnete Gleichstellung dieser Personen mit den Gastwirthen und die deßhalb in gedachter Gesetzesstelle geschehene Hinweisung auf den Titel von der Hinterlegung zur sichern Hand, in welch letzterem die Pflichten der Gastwirthe dargelegt sind, sprechen für den Zusammenhang des französischen und römischen Rechtes in dieser Materie, da ja das letztere sogar die Rechte und Pflichten der Schiffer und Wirthe in einem und demselben Titel abhandelt.

In der Sache selbst sprechen wohl die Ansichten der französischen Juristen, wie die Aussprüche der römischen Gesetze für die in unserem concreten Falle angenommene Art der Entscheidung; denn es läßt sich gewiß nicht verkennen, daß in dem geschehenen Diebstahle mit Einbruch keineswegs ein unvermeidliches, überwältigendes Ereigniß lag, da der Fall durch eine zweckmäßige Bewachung des Magazins aller Wahrscheinlichkeit nach hätte vermieden werden können, und da auch nichts für die Annahme vorlag, daß den einbrechenden Dieben wegen ihrer „Uebermacht" ein Widerstand nicht hätte geleistet werden können. Insbesondere kann aber der vorliegende Diebstahl nicht mit der in der oben angeführten römischen

Stelle als Beispiel der vis major angeführten vis piratarum verglichen werden.

Wie sehr sich im Allgemeinen die Rechtsansichten für möglichste Beschränkung des Begriffes der vis major aussprechen, zeigen nicht nur die bei Duvergier a. a. O. genannten älteren und neueren Sprüche französischer Gerichte, sondern es ergibt sich dies auch aus dem englischen Rechte, welches, wie Mittermaiers deutsches Privatrecht, 5. Ausg., §. 540, bezeugt, dahin nur: „Act of God, tempest and damage by the kings enemies" rechnet.

Roßhirt.

IV.

Zur Erläuterung des H.R.S. 98.

Im Sommer 1847 hatte ein Handlungshaus zu Mannheim eine bedeutende Quantität Frucht nach Stuttgart zu liefern. Der Transport von Mannheim nach Stuttgart wurde in der Weise bewirkt, daß man die Frucht vermittelst der Eisenbahn nach Bruchsal verbringen ließ, daß sie aber von dort durch Vermittelung eines zu Bruchsal wohnhaften Spediteurs, der sie auf dem Bahnhof daselbst übernahm, auf Wagen nach Stuttgart gebracht wurde. Die Fuhrleute, welche diesen letztern Theil des Transports vollführten, hatte der Spediteur gewählt. Als nun die Frucht zu Stuttgart ankam, soll sich, wie das Mannheimer Handlungshaus behauptet, gezeigt haben, daß der größte Theil der in Säcken verpackten Frucht durchnäßt und in Gährung übergegangen, jedoch jeweils der in den einzelnen Säcken obenaufliegende Theil der Frucht in gutem Zustande war. Es drängte sich hiernach natürlich sogleich der Verdacht auf, es sei aus jedem Sacke eine nicht unbeträchtliche Quantität Frucht entwendet, der zurückgelassene Theil aber, um den Gewichtsmangel zu verbergen, naß gemacht worden. Eine in dieser Richtung auf die Anzeige des Spediteurs gegen die Fuhrleute wegen Diebstahls eingeleitete Criminaluntersuchung ergab, wenn auch weitre Verdachtsgründe, doch keinen genügenden Beweis wider die Angeschuldigten. Das Mannheimer Handlungshaus behauptete, durch diesen Zwischenfall in empfindlichen Schaden gekommen zu sein, da der Besteller die verdorbene Frucht natürlich nicht angenommen habe, und da man genöthigt gewesen, dieselbe um einen viel geringeren Preis zu verkaufen, als man dem mit dem ursprünglichen Besteller abgeschlossenen Vertrage gemäß erhalten haben würde. Da man von Seiten des Verkäufers den Spediteur für allen Schaden unbedingt verantwortlich erachtete, so hielt man den zugesagten Frachtlohn zurück und verwies den Spediteur, als er hierwegen klagend auftrat, auf das so eben mitgetheilte Sachverhältniß. Der Spediteur, welcher aus eigener Wahrnehmung keine Kenntniß von dem in Stuttgart entdeckten schadhaften Zustande der Frucht haben konnte, widersprach einerseits, daß die Frucht in dem behaupteten Zustande zu Stuttgart angekommen sei, und anderseits, daß, wenn dies der Fall gewesen sein sollte, ihn eine Verantwortlichkeit hierwegen treffe, indem weder behauptet noch bewiesen werden könne, daß der Schaden erst nach der durch ihn auf dem Bruchsaler Bahnhofe geschehenen Uebernahme der Frucht eingetreten sei. Das Mannheimer Handlungshaus suchte indeß der Ansicht Geltung zu verschaffen, daß der Spediteur schon durch die blose Uebernahme der Waare zur Weiterversendung das Anerkenntniß abgelegt habe, daß ihm solche auch in gutem Zustande übergeben worden sei, und daß er folgeweise für Allen nach jener Uebernahme entdeckten Schaden (soweit solcher überhaupt nach L.R.A.S. 98 dem Spediteur zur Last falle) unbedingt einzustehen habe.

Das gr. Hofgericht des Unterrheinkreises, welchem dieser Rechtsfall zur Entscheidung vorlag, hat sich in den Entscheidungsgründen zu seinem Erkenntnisse, über die nicht unwichtige Frage, ob der Spediteur kraft Gesetzes schlechthin für allen Schaden verantwortlich gemacht werden könne, welcher sich an der zur Versendung übernommenen Waare zeige, oder nicht, in folgender Weise erklärt:

Was die gesetzliche Verbindlichkeit des Klägers (des Spediteurs) betrifft, so läßt sich darüber der L.R.A.S. 98 so aus:

> „Er (der Waaren-Versender) haftet für den Schaden und Abgang, den die Waaren und Güter unterwegs erleiden mögen, wenn nicht im Frachtbriefe das Gegentheil bedungen, oder der Schaden durch höhere Gewalt verursacht ward."

Wenn nun auch damit abweichend von dem allgemeinen Grundsatze des L.R.S. 1382, wornach derjenige, welcher Schaden verursacht, denselben auch zu ersetzen hat, ausgesprochen ist, daß der Waarenversender für allen Schaden, der die Waare unterwegs trifft, mag er herrühren von wem er will (den Fall höherer Gewalt allein

ausgenommen) einzustehen hat; wenn hierdurch auch die (sich zugleich aus L.R.S. 1384 ergebende) Haftbarkeit des Waarenversenders für beschädigende Handlungen der Fuhrleute unumstößlich festgestellt ist, so muß doch diese Haftbarkeit nach dem Wortlaute und nach vernünftiger Auslegung des Gesetzes immer auf den Fall beschränkt bleiben, wo sich der Schaden unterwegs ereignet. Wer daher vom Spediteur Ersatz für den an den versendeten Waaren eingetretenen Verlust fordern will, muß behaupten, und im Falle des Widerspruchs, beweisen können, daß der Schaden unterwegs, d. h. auf dem Wege, für den die Versendung übernommen wurde, und in der Zeit von Uebernahme der Waare durch den Versender bis zur Ablieferung durch denselben (s. auch L.R.S 1783) eingetreten sei. L.R.S. 1315. Kein Gesetz geht davon aus, daß der Versender ohne Weiteres allen Schaden zu tragen habe, der sich bei Ablieferung der Waare zeigt. Es spricht, mit andern Worten, keine gesetzliche Vermuthung dafür, daß die Waare unbeschädigt in die Hände des Spediteurs gekommen sei, wenn sie einen Schaden an sich trägt, sobald sie aus den Händen des Spediteurs kommt. Es fragt sich aber, ob daraus, daß der Spediteur eine Waare zur Versendung übernahm, eine richterliche Vermuthung für die Fehlerfreiheit dieser Waare im Augenblicke der Uebernahme abgeleitet werden könne. L.R.S. 1353. L.R.A.S. 109. Dürfte nämlich eine solche Vermuthung gezogen, und könnte ihr alle Kraft beigelegt werden, so würde von dem Ersatzfordernden kein Beweis darüber mehr zu verlangen sein, daß der Schaden unterwegs eingetreten, weil dann nicht anders angenommen werden könnte, als daß der Schaden wirklich während der Zeit der Haftbarkeit des Versenders zugegangen sei. Erwägt man nun aber, daß, wenn auch vom Käufer vermuthet werden kann, daß er die Waare vor der Annahme prüfe, und daß er sich daher mit letztrer des Rechts, über Mängel der Waare Klage zu führen, in der Regel (d. h. abgesehen von Irrthum, Betrug u. dgl.) begebe. (vergl. Blätter für Justiz und Verwaltung I. S. 352), dies doch nicht von dem Waarenversender gelten kann, weil dieser weder Recht noch Pflicht hat, die Waare in ihrem innern Gehalte zu untersuchen, sondern nur zur Versendung bestellt ist, so kann hier keinesfalls von der Uebernahme ein Schluß auf das Anerkenntniß der Fehlerfreiheit der Waare ihrer innern Beschaffenheit nach gezogen werden. Es hat daher auch der Handelsgebrauch angenommen, daß der Spediteur nicht schlechthin für jeden bei der Waarenablieferung sich zeigenden Schaden oder Mangel, sondern nur für äußerlich erkennbare Beschädigungen der Waare verantwortlich zu machen sei, indem allerdings anzunehmen sei, daß ein Versender äußerlich beschädigte Waaren ohne Rechtsverwahrung sich nicht übertragen lassen werde.

Siehe das Gutachten der sachverständigen Handelsleute in den amtlichen Acten S. 15 f.

Vergl. Brauers Erläuterungen IV., S. 436.

Mittermaiers deutsches Privatrecht, sechste Aufl., §§. 450, 553 und die dort angeführten Schriftsteller.

Da nun die gerügte Beschädigung des in Säcken verpackten Waizens offenbar äußerlich nicht zu erkennen war, so muß noch der Möglichkeit Raum gegönnt werden, daß solche vor der Uebernahme durch Kläger verübt worden und kann mithin letzterer nicht schlechthin verantwortlich gemacht werden.

Hiermit schließen die Entscheidungsgründe ihre Auseinandersetzung über die angeregte Frage. Der Gerichtshof legte in Folge der entwickelten Ansicht dem beklagten Handlungshause, welches eventuell auch bestimmt behauptet hatte, daß der Schaden auf dem Transporte zwischen Bruchsal und Stuttgart, mithin in der Zeit von der Uebernahme der Waare durch den Spediteur bis zu deren Ablieferung zugefügt worden sei, den Beweis dieser seiner Behauptung auf.

Roßhirt.

V.

Unehelichen Kindern, welche nach Auflösung einer mit Kindern gesegneten Ehe, im Wittwenstande, erzeugt und anerkannt werden, stehen die Rechte der L.R.S. 757—761 nicht zu. L.R.S. 756a. Diese unehelichen Kinder haben nur ein Recht auf Ernährung. S. 762 u. 762a.

Ein Erbtheilungsgeschäft, bei welchem eheliche Kinder der Erblasserin und ein von dieser im Wittwenstande nachgeborenes uneheliches, anerkanntes Kind zusammentrafen, erledigte der Notar in dem oben angegebenen Sinne mit Berufung auf L.R.Zusatz 756a u. 762a.

Das Amtsrevisorat dagegen sprach sich zu Gunsten des

unehelichen Kindes dahin aus, daß im Zusatz 756a nach Brauers (Erl. II. S. 146) ganz bestimmter Erklärung nichts Neues und nichts Anderes angeordnet, sondern nur wiederholt werden solle, was L.R.S. 337 festsetze. Weil nun dieser letztere Satz nur der während der Ehe vorgenommenen Anerkennung unter den dort angegebenen Voraussetzungen die Wirksamkeit versage, so könne sich der Zusatz 757a auch nur auf solche uneheliche Kinder beziehen, welche schon vor der Ehe vorhanden waren, aber erst während der Ehe und erst nach der Erzeugung ehelicher Kinder anerkannt wurden. Keineswegs könne dieser Zusatz solche uneheliche Kinder im Auge haben, welche erst nach der Geburt von ehelichen Kindern im Wittwenstande erzeugt, also auch erst nach der Ehe anerkannt werden, weil von solchen im S. 337 nicht die Rede ist. Diese sog. Wittwenkinder hätten somit dieselben Erbansprüche, wie die vor der Ehe anerkannten unehelichen Kinder. Die gr. Regierung des Unterrheinkreises war veranlaßt, ihre Ansicht auszusprechen. Dieselbe erkannte die Meinung des Notars für die richtige, und erwiderte unterm 5. Nov. 1850 dem Amtsrevisorat folgendes:

„Es unterliegt keinem Zweifel, daß nach rein französischem Recht dem unehelichen, nach Auflösung der Ehe anerkannten Kinde — sei es vor oder nach der Ehe geboren — nach L.R.S. 756 ff. das dort gegebene erbartige Recht auf den Nachlaß seiner Mutter zusteht, weil Art. 337 nur von den während der Ehe anerkannten Kindern spricht, und weil diese Beschränkung als Ausnahme von der Regel nicht ausdehnend erklärt werden darf. (Zach. franz. Civilrecht 4. Aufl., Bd. III., S. 407 u. 408).“

„Anders verhält sich dies aber nach unserm badischen Rechte wegen des Zusatzes 756a; denn hiernach können natürliche Kinder, deren Anerkenntniß Vater oder Mutter erst nach der Erzeugung ehelicher Kinder bewirkten, die Rechte des Art. 756 nicht geltend machen, so lange diese ehelichen Kinder oder deren Abkömmlinge am Leben sind.“

„Nach Brauer (II. 146 a. E.) soll der L.R.Zus. 756a nicht blos den S. 337 wiederholen, sondern weiter gehen, und es soll darnach jeder Anerkennung wider vorhandene eheliche Kinder die Wirksamkeit entzogen sein, so lange diese Kinder oder deren Abkömmlinge am Leben sind. Die Bestimmung dieses Zusatzes ist klar, und ihrem Wortlaute nach auszulegen. Sie ist auf alle unehelichen Kinder anzuwenden, welche erst nach der Geburt ehelicher anerkannt wurden, mögen jene nun vor oder nach der Ehe geboren worden sein.“

Das badische Landrecht weicht hier offenbar und absichtlich von dem französischen ab. Nach Letzterm ist nur die Anerkennung während der Ehe in ihren rechtlichen Folgen beschränkt; geschah die Anerkennung nach Auflösung der Ehe, so tritt diese Beschränkung nicht ein. Dabei ist es gleichgültig, ob das nach der Ehe anerkannte Kind vor oder nach der Ehe, und im letztern Fall im Wittwenstande, geboren wurde; nur der Zeitpunkt der Anerkennung ist maßgebend, denn nur diese bringt das Kind und seine Eltern in eine rechtliche Verbindung.

Delvincourt (Band II., S. 76 u. 77, Brüsseler Ausgabe 1827) ist zwar anderer Ansicht; er behauptet, eine Anerkennung nach der Ehe könne, wie eine solche während derselben — mag nun das Kind vor oder nach der Ehe geboren sein — keine Wirkung haben, so lange eheliche Kinder da sind, weil das Verbot im Art. 337 nicht blos im Interesse des andern Ehegatten, sondern auch der ehelichen Kinder erlassen worden sei.

Allein die andern Schriftsteller, namentlich Duranton (Band II., S. 86, Brüsseler Ausg. 1841) und auch der Cassationshof legen den Art. 337, wie oben erwähnt, aus, und Duranton sagt ganz besonders noch, daß die im Wittwenstande gezeugten und anerkannten Kinder ganz dieselben Rechte haben, wie die von der Ehe anerkannten.

In unserm badischen Landrechte haben wir aber noch den Zusatz 756a, welcher ganz bestimmt ausspricht, daß natürliche Kinder, welche nach der Erzeugung ehelicher Kinder anerkannt worden sind, die Rechte des S. 756 nicht geltend machen können, so lange diese Kinder oder ihre Abkömmlinge am Leben sind. Weil in Frankreich Meinungsverschiedenheit darüber herrschte, ob die nach der Ehe erfolgte Anerkennung auch unter den Art. 337 falle, so wollte Brauer diesen Streit dadurch für Baden entscheiden, daß er im Zusatz 756a jeder Anerkennung, wenn schon eheliche Kinder vorhanden sind, geschähe sie nun auch nach der Ehe und zu Gunsten von sog. Wittwerkindern, die Rechte des S. 756 versagte. Er nennt zwar solche Kinder nicht ausdrücklich, allein er meint sie doch, denn wie sollte er an derartige Kinder nicht gedacht haben, die doch gewiß auch damals schon hie und da sich einfanden. Man würde mit dem Zusatz 756a in einen kaum zu lösenden Widerspruch gerathen, wenn man denselben nicht auch auf die sog. Wittwenkinder anwenden wollte. Baurittel S. 1719 meint zwar das Gegentheil; allein er begründet dort seine Ansicht nicht. Dieselbe Meinung, wie bei Baurittel, ist ausgesprochen von der Redaction des Vereinsblattes der bad. Amtsrevisoren im Blatt No. 11 vom 15. Juni 1837 gegen die Ansicht eines Correspondenten, welcher derartige uneheliche Kinder auch dem Verbot des Zusatzes 756a unterwirft. Mit diesem Correspondenten bin ich, und ist auch die gr. Regierung des Unterrheinkreises einverstanden.

Einem solchen Wittwenkinde kann also beim Zusammentreffen mit vorhergeborenen ehelichen Kindern nach Zusatz 762a nur ein Recht auf Ernährung zuerkannt werden.

Spohn.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. **No. 2.** **Mannheim**, 11. Januar **1851.**

I.

Literaturbericht.

Die allgemeine deutsche **Wechselordnung** mit den Abweichungen der östreichischen Wechselordnung, erläutert von **W. Brauer**, Gr. Bad. Geheimenrathe 2c. 2c. 2. Aufl. Erlangen 1851. Verlag von F. Enke. —

Der Wechsel ist als kaufmännisches Papiergeld im Handel unentbehrlich. Wie sich aber der Handel über den ganzen Erdball erstreckt, so folgt daraus das Bedürfniß einer möglichst allgemeinen Wechselordnung ganz von selbst.

Diesem Bedürfniß sollte, wenigstens für ganz Deutschland, durch ein in allen Einzelstaaten geltendes Gesetz abgeholfen werden.

Die vorgedachte, in 100 Paragraphen zusammengefaßte Wechselordnung läßt sich zunächst als eine Frucht der deutschen Zollvereinigung betrachten, wozu Preußen die Initiative geboten hat.

Aus den Berathungen der im Spätjahr 1847 von Abgeordneten der deutschen Staaten zu Leipzig abgehaltenen Conferenz hervorgegangen, wurde die Wechselordnung im Reichsgesetzblatte vom 27. Nov. 1848 für ganz Deutschland, und im großh. Regierungsblatte von 1849, No. IX., S. 97 für Baden insbesondere verkündet, wo sie am 1. März 1849 in Kraft getreten ist.

Diese Wechselordnung ist bereits in den meisten deutschen Staaten, in Oestreich sogar für das ganze Kaiserthum (also mit Einschluß von Ungarn und Nord-Italien) als Gesetz eingeführt. Nur Lichtenstein, Luxemburg und Limburg sind damit noch im Rückstande.

Wenn Limburg, wie öffentliche Blätter ankündigen, wirklich von Deutschland getrennt werden sollte, so ist für die Einführung der Wechselordnung in diesem Lande leider keine Aussicht vorhanden.

Den vorliegenden Commentar zur deutschen Wechselordnung verdanken wir der sachkundigen Feder eines Mitgliedes der Leipziger Conferenz. Unmittelbar an der Quelle selbst geschöpft, hat daher dieser Comentar authentischen Werth. Kein Wunder also, wenn die erste Auflage, obgleich 2000 Exemplare stark, so schnell vergriffen war, daß nach Verlauf von kaum 2 Jahren eine zweite nöthig wurde.

In dem Vorwort zur ersten Auflage bemerkte der geehrte Hr. Verfasser unter anderem:

> „Ich wollte dem mit Wechseln verkehrenden Publikum und den praktischen Juristen einen gemeinfaßlichen Wegweiser geben. Darum sind die Quellen vorzugsweise in der Richtung benutzt, daß aus ihnen der Sinn und Umfang der Gesetzesbestimmungen klar ersehen werden kann, und ich habe mich nebenbei bemüht, die Anwendung auf die gewöhnlichen Fälle des Lebens durch Darlegung der aus den Vorschriften des Gesetzes entspringenden Folgesätze zu erleichtern."

Die Aufgabe, welche sich der Hr. Verfasser hiernach gesetzt hat, ist glücklich gelöst.

Das Werk beginnt mit einer Einleitung, in welcher neben der Entstehungsgeschichte des Gesetzes die Lehre von dem s. g. Wechselvertrage in sehr befriedigender Weise behandelt wird.

Hierauf folgt die Wechselordnung selbst. Ihr Text ist wörtlich abgedruckt und jeder §. in kleinerer Schrift mit den darauf bezüglichen Erläuterungen versehen, so daß der Leser mit dem Wortlaute des Gesetzes gleichsam in einem Blick auch dessen Quellen und Grundlagen kennen lernt.

Die Zweckmäßigkeit dieser wohlgeordneten Zusammenstellung leuchtet von selbst ein. Sie erleichtert das Studium des deutschen Wechselrechts und dient dem praktischen Juristen wie dem Kaufmanne als sicherer Führer.

Der zweiten Auflage sind die Abweichungen der östreichischen Wechselordnung an den betreffenden Stellen vollständig beigefügt und aus den officiellen Motiven erläutert.

Den Anhang dazu bildet eine Sammlung der Einführungsgesetze von 23 Einzelstaaten mit alphabetischem Sachregister, wodurch das Buch an Brauchbarkeit noch mehr gewinnt.

Der Wechselordnung, welche als willkommener Vorläufer einer allgemeinen Gesetzgebung für ganz Deutschland überall mit Jubel begrüßt wurde, sollte zunächst ein allgemeines Handelsgesetzbuch folgen, wozu auf Anordnung des vormaligen Reichsministeriums die Vorarbeiten bereits begonnen hatten.

Möchten sich doch die politischen Verhältnisse unseres größeren Vaterlandes in nächster Zukunft so gestalten, daß jenes durch die Ungunst der Zeit ins Stocken gebrachte Unternehmen seiner Vollendung recht bald entgegen geführt werden kann!

Die Red.

II.

Appellation gegen Versäumungserkenntnisse.

§. 1178 d. P.O.

Gegen Versäumungserkenntnisse kann man nicht appelliren, d. h. die Thatsache der Versäumung kann man nicht im Wege der Appellation, sondern nur in dem der Wiederherstellung wieder beseitigen. — Läßt sich aber aus einem andern Grunde eine Beschwerde gegen das Urtheil aufstellen, so findet die Appellation statt. **Nur** contumat. non appellat.

Hiernach gestattet §. 1178 die Appellation, wenn, abgesehen von der Versäumung, nicht richtig erkannt wurde. Ebenso muß man appelliren können, wenn gar kein Versäumniß stattgefunden hat, und es bedürfte daher des Zusatzes zu §. 1178 nicht, um auch diese aus dem Prinzipe sich ergebende Folgerung auszusprechen.

Blätter für Just. u. Verw. II., S. 606.

Aus dem nämlichen Grundsatze folgt aber die Zuläßigkeit der Appellation noch in einem dritten Falle, wenn nämlich zwar eine Versäumung stattgefunden hat, auch im Uebrigen richtig erkannt ist, die Beschwerde aber auf einem Novum beruht. In einem solchen Falle hat die Appellationsbeschwerde den Sinn, daß anders hätte entschieden werden müssen, wenn von der fraglichen Thatsache im ersten Rechtszuge Gebrauch gemacht worden wäre, und es ist somit dieser Fall jenem, wo der Versäumung ungeachtet unrichtig erkannt wurde, im Prinzipe völlig gleich.

Wenn also der Beklagte in Folge der Versäumung z. B. des Beweises oder der Erklärung auf eine Urkunde durch Versäumungserkenntniß zur Zahlung verurtheilt wird, so kann er, wenn sich auch gegen die Versäumung selbst, sowie gegen die Richtigkeit der Entscheidung nichts sagen läßt, doch appelliren, wenn und inwieferne er seine Beschwerde mit der neuen Behauptung begründet, daß die Forderung bezahlt, verjährt, nachgelassen oder dergleichen sei.

Ist das Novum (Thatsache oder Beweismittel) nur überhaupt noch zuläßig, steht ihm nicht die Thatsache der Versäumung im Wege, sondern betrifft die Versäumung, welche dem Versäumungserkenntnisse zum Grunde liegt, einen andern Punkt, so muß es im Wege der Appellation noch geltend gemacht werden können.

Andernfalls hätte das Versäumungserkenntniß für den Säumigen einen weitern Nachtheil, der mit seinem Versäumnisse, in keiner Verbindung stünde.

III.

Zur Erläuterung des L.R.S. 2016.

Der L.R.S. 2016, welcher dahin lautet:

> Eine unbestimmte Bürgschaft für eine Hauptschuld erstreckt sich auf alle Zugehörden der Schuld, selbst auf die Kosten der ersten Klage und auf alle diejenigen, welche der ersten Aufforderung des Bürgen nachfolgen.

ist in mehrfachen Beziehungen geeignet, Anlaß zu irrigen Auffassungen zu geben, weßhalb es sich bei der häufigen Anwendung desselben in einzelnen Rechtsfällen wohl der Mühe lohnt, eine Darlegung seines wahren Sinnes zu versuchen. Es ist hier um so leichter möglich, mit Sicherheit die wahre Willensmeinung des Gesetzgebers zu erforschen, als uns die Entstehungsgeschichte der fraglichen Gesetzesstelle ziemlich klar vorliegt, und gerade diese Geschichte auf dem Gebiete der Auslegung des badischen und französischen Civilgesetzbuches zu den sichersten Ergebnissen

führt, auch vor den bei einer reinen (leider allzugewöhnlichen) Wortauslegung fast nicht zu vermeidenden Mißverständnissen häufig zu bewahren im Stande ist.

Wenn vorhin gesagt wurde, die angeführte Gesetzesstelle könne in mehrfacher Beziehung Anlaß zu irriger Deutung geben, so scheint uns dies hinsichtlich des Begriffs der unbestimmten Bürgschaft, noch mehr aber hinsichtlich des Begriffs „der Kosten der ersten Klage" und „derjenigen Kosten, welche der ersten Aufforderung des „Bürgen nachfolgen," der Fall zu sein.

Was den ersten Punkt anbelangt, so macht unsere Gesetzesstelle von der Unbestimmtheit der Bürgschaft die Verpflichtung des Bürgen zur Leistung der Zugehörden der Hauptschuld abhängig und schafft damit einen praktischen Unterschied der unbestimmten und bestimmten Bürgschaft, bei welch' letztrer nach S. 2015 lediglich eine Verpflichtung zur Leistung desjenigen eintritt, wofür ausdrücklich Bürgschaft geleistet wurde. Es scheint nun zwar, als ob es höchst einfach sei, durch Anwendung der Begriffe des Bestimmten und Unbestimmten die einzelnen Fälle zu entscheiden; allein es zeigt die Erfahrung, daß man hier mit einer reinen Auslegung nach dem Wortverstande häufig gegen den Sinn der Verträge und den Willen der Parteien handeln würde. Gar oft geschieht es zum Beispiel, daß der Betrag eines Darlehenscapitals, für dessen Rückzahlung Bürgschaft geleistet wird, in der Bürgschaftsurkunde angegeben ist, nicht aber, um damit eine Beschränkung der Bürgschaft auf das Capital auszudrücken, sondern nur, um damit die Schuld überhaupt zu bezeichnen. Es wird daher der Richter bei Beurtheilung der Frage, was eine unbestimmte Bürgschaft sei, beziehungsweise in welchen Fällen der Bürge auch die Zugehörden der Hauptschuld zu leisten habe, auf die allgemeinen Regeln der Vertragsauslegung (L.R.S. 1135, 1156—64) hingewiesen sein. Vergl. Brauers Erläuterungen IV. Band, S. 2015.

Daß dies die Willensmeinung des Gesetzgebers gewesen, ergibt sich klar aus Pothier traité des obligations tom. II., p. II., ch. VI., sect 5, welcher hier offenbar (wie großentheils auf dem Gebiete des Obligationsrechts), dem Code Napoléon zum Vorbilde diente. Er sagt unter Berufung auf lex 68, §. 1. D. de fidejuss. 46. 1., daß wer sich für das Capital (somme principale) verbürge, nicht für die Zinsen hafte; daß dagegen, wenn der Ausdruck des Bürgschaftsvertrags allgemein und unbestimmt laute (lorsque les termes sont generaux et indéfinis), anzunehmen sei, es habe sich der Bürge für alle Verbindlichkeiten des Hauptschuldners haftbar erklärt, und fügt am Schlusse dieses Ausspruchs die theilweise der l. 54., §. 2., D. loc. 19. 2. entnommenen Worte bei: il est censé l'avoir cautionné in omnem causam. Das römische Recht, welches bezüglich der vorliegenden Frage in der Pothier'schen, übrigens hier ganz richtigen Auffassungsweise, Quelle des Code Napoléon ist, spricht sich klar dahin aus, daß in der Regel der Bürge für die ganze Schuld des Hauptschuldners hafte, daß aber im Falle besonderer Beschränkung der Verpflichtung des Bürgen auf den Capitalstock der Hauptschuld oder auf einen bestimmten Betrag jene Regel natürlich eine Ausnahme erleiden müsse. Von der Regel sprechen:

l. 24., §. 1., D. de usur. 22. 1. (Paulus lib. 27. ad Ed.)

Cum reus moram facit, et fidejussor tenetur.

l. 58., §. 1., D. de fidej. 46. 1. (Paulus lib. 22. Quæst.)

Cum facto suo reus principalis obligationem perpetuat, etiam fidejussoris durat obligatio: veluti si moram fecit in Sticho solvendo, et is decessit.

l. 88., D. de V. O. 45. 1. (Paulus lib. 75. ad Ed.)

Mora rei fidejussori quoque nocet.

l. 56., D. de ædit. Ed. 21. 1. (Paulus lib. 1. Quæst.)

Quæro, an fidejussori emtionis redhiberi mancipium possit? Respondi: Si in universam causam fidejussor sit acceptus, putat Marcellus, possé ei fidejussori redhiberi.

l. 54., pr. D. loc. 19. 2. (Paulus lib. 5. Respons.)

Quæro, an fidejussor conductionis, etiam in usuras, non illatarum pensionum nomine teneatur: nec prosint ei constitutiones, quibus cavetur, eos, qui pro aliis pecuniam exsolvant, sortis solummodo damnum agnoscere oportere? Paulus respondit, si in omnem causam conductionis etiam fidejussor se obligavit, eum quoque exemplo coloni pensionum præstare debere usuras.

Der Ausnahme thun Erwähnung:

l. 2., §. 5. D. qui satisdare cog. 2. 8. (Ulpianus lib. 5. ad Ed.)

In fidejussorem, qui aliquem judicio sisti pro-

miserit, tanti, quanti ea res erit, actionem dat prætor. Quod utrum veritatem contineat, an vero quantitatem, videamus? et melius est, ut in veram quantitatem fidejussor teneatur: nisi pro certa quantitate accessit.

l. 68. §. 1. D. de fidej. 46. 1. (Paulus lib. 3. Decretorum.)

Pro Aurelio Romulo conductore vectigalis centum annua Petronius Thallus et alii fidejusserant; bona Romuli fiscus ut obligata sibi occupaverat et conveniebat fidejussores tam in sortem, quam in usuras; qui deprecabantur: lecta subscriptione fidejussionis, quoniam in sola centum annua se obligaverant, non in omnem conductionem: decrevit, fidejussores in usuras non teneri.

Vergl. l. 2., §. 12., D. de admin. rer. ad civ. pert. 50. 8.

Mühlenbruch, Pandecten II., §. 486 schöpft aus obigen Stellen folgenden Satz:

Der Bürge haftet für Zinsen und andere Accessionen der Hauptschuld, falls nicht ausgemacht ist, daß der Bürge nur für diese, oder für einen festbestimmten Betrag hafte.

Vergl. Thibaut, Pandecten II., §. 611.

Auch Ausleger des Code Napoléon sprechen sich in ähnlicher Weise aus, z. B. Troplong droit civil. (du mandat etc.) No. 157., indem er unter Anführung einiger der vorhin mitgetheilten römischen Gesetzesstellen erklärt, die Bürgschaft sei als eine unbestimmte anzusehen (in universam causam), so lange nicht auf ausdrückliche oder stillschweigende Weise eine Beschränkung beigefügt sei; ferner Duranton droit civ. t. X. ed. Brux No. 321, welcher den Bürgen insoferne für die Zugehörden der Hauptschuld haften läßt, als er sich „sans limitation“ verpflichtet hat; Zachariä frz C R., 4. Ausg., II. Bd., §. 423 a, der sich in gleicher Weise erklärt.

Wir hoffen, es werde uns gelungen sein, durch diese Darstellung nachzuweisen, daß man nicht etwa in Folge einer strengen Auslegung der L.R.S. S.2015 u. 2016 ein besonderes Gewicht auf die Worte unbestimmte Bürgschaft im letztern Satze legen und somit irgend eine besondere Unbestimmtheit des Bürgschaftsvertrages fordern dürfe, sondern daß man Bürgschaftsverträge auch bezüglich der hier behandelten Frage nach allgemeinen Regeln auszulegen und daher insolange die Bestimmungen des L.R.S. 2016 anzuwenden habe, als die Rücksicht auf die Worte des Vertrags und die Ansicht der Parteien, die Annahme gestatten, es habe sich der Bürge schlechthin für die Hauptschuld haftbar erklären wollen.

Wir gehen nun zu dem oben zu Eingang erwähnten zweiten Punkte über. Es ist eine Folge der bisher besprochenen Rechtssätze, daß der Bürge, welcher sich ohne Beschränkung verpflichtet hat, auch die Kosten tragen muß, die der Gläubiger auf die Beitreibung seiner Forderung vom Hauptschuldner zu verwenden genöthigt ist. Diese Kosten gehören ja auch unter die Zugehörden der Schuld. Wenn auch das vorhin erwähnte römische Recht begreiflicherweise dieser Kosten nicht besonders erwähnt, so paßt doch der in den abgedruckten Gesetzesstellen ausgesprochene Grundsatz jedenfalls auch hierauf. Es soll ja darnach der Bürge unbedingt die Folgen des Verzuges tragen und als solche erscheinen gewiß die Prozeßkosten. Es leuchtet ein, daß diese Verpflichtung des Bürgen zur Bestreitung der Prozeßkosten in vielen Fällen mit dem materiellen Rechte sicher in Widerspruch gerathen kann. Man denke sich z. B. den Fall, daß ein böswilliger zahlungsunfähiger Schuldner einen langen kostspieligen Rechtsstreit ohne Wissen des Bürgen mit dem Gläubiger führt, während es auf flacher Hand liegt, daß bei den schlechten Verhältnissen des Schuldners der Bürge einstehen muß. In einem solchen Falle wird ein vernünftiger Bürge, wenn er die Sachlage kennt, lieber sogleich selbst bezahlen, als daß er noch viele Prozeßkosten zur Schuld hinzukommen läßt.

Die Betrachtung derartiger Fälle hat bereits die französische Praxis und Wissenschaft lange vor dem Code Napoléon dazu vermocht, den Satz aufzustellen, daß der Bürge zwar unbedingt die Kosten der ersten gerichtlichen Verfolgung des Hauptschuldners, weitere Prozeßkosten aber nur unter der Voraussetzung zu tragen habe, daß er von jener gerichtlichen Verfolgung in Kenntniß gesetzt worden, sowie daß sich die Haftbarkeit des Bürgen hinsichtlich der weitern Kosten nur auf die nach der dem Bürgen gemachten Anzeige von der geschehenen Einklagung entstandenen Kosten beziehen könne. Pothier a. a. O. drückt sich hierüber so aus:

Il (celui, qui se rend caution) doit aussi être tenu des frais faits contre le principal obligé; car ces frais font un accessoire de la dette: mais il n'en doit être tenu, que du jour, que les poursuites lui ont été dénoncées; ce qui a été établi pour empêcher qu'on ne ruine une caution en frais qu'on ferait souvent à son insu, et qu'elle

> peut éviter en payant, lorsqu'elle en est avertie: c'est pourquoi, jusqu'à ce que les poursuites lui soient denoncées, elle ne doit être tenue, que du premier exploit de demande.

In der ersten Redaction des Art. 2016 lautete diese Gesetzesstelle einfach so:

> Le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette, même aux frais.

So wurde der Artikel dem Tribunate mitgetheilt. In den observations du tribunat wurde nun in dem von Pothier ausgesprochenen Sinne darauf aufmerksam gemacht, daß die allgemeine Verpflichtung des Bürgen zum Ersatze aller Kosten zu Ungerechtigkeiten führe und wurde deßhalb folgender Beisatz vorgeschlagen:

> même aux frais — de la première démande et à tous ceux postérieurs à la dénonciation, qui en est fait à la caution.

welcher Gesetz wurde. Es ist hiernach klar, daß auch nach dem Code Napoléon der Bürge die Kosten der gegen den Hauptschuldner gerichteten Klage unbedingt, die Kosten des weiteren gerichtlichen Verfahrens nur in soweit zu tragen hat, als sie entstanden sind, nachdem der Bürge von der angestellten Hauptklage in Kenntniß gesetzt worden war. Zweifellos können mithin auch unter den frais de la première démande nicht (wie man schon hie und da auf dem Gebiete des badischen Rechts annehmen wollte) die Kosten des Rechtsstreits gegen den Hauptschuldner überhaupt, sondern nur die der Klage im engern Sinne des Wortes verstanden werden. Was der Code Napoleon hier „première démande" nennt, nennt Pothier a. a. O. noch deutlicher „premier commandement," oder „premier exploit de demande."

Vergl. Troplong a. a. O., No. 163.
Zachariä a. a. O.

Es ist leicht einzusehen, warum gerade die Kosten der Klage als des ersten gerichtlichen Auftretens dem Bürgen unbedingt zur Last gesetzt wurden. Diese Kosten erschienen dem Gesetzgeber offenbar als so nothwendig, daß er sie als eine unvermeidliche Zugehörde der Schuld betrachten zu müssen glaubte. Einerseits ist nämlich die unverzügliche Anstellung der Klage in vielen Fällen nöthig, um mögliche rechtliche oder thatsächliche Nachtheile zu beseitigen, z. B. um die Verjährung zu unterbrechen. Andrerseits mag es unpassend geschienen haben, die Pflicht des Bürgen zum Kostenersatze von einer vor Erhebung der Klage gegen den Hauptschuldner etwa an den erstern zu erlassenden Aufforderung abhängig zu machen. Die Verfasser des Code Napoléon, wie die älteren französischen Rechtsgelehrten hatten, wie es scheint, die Anwendung der litis denunciatio auf den vorliegenden Fall im Auge. Da nun aber der Streit nicht verkündet werden kann, ehe er begonnen hat, so mußte man nothwendig dazu kommen, bei den Kosten der Klage nichts davon abhängig zu machen, ob dem Bürgen Kenntniß gegeben sei oder nicht.

Die betreffende Stelle des Art. 2016 des Code Napoléon ist nicht genau in das badische Landrecht übertragen worden, nämlich in folgender Weise:

> „selbst auf die Kosten der ersten Klage, und auf alle diejenigen, welche der ersten Aufforderung des Bürgen nachfolgen."

Es ist hier von einer „Aufforderung des Bürgen" schlechthin, nicht wie im Urterte von einer Benachrichtigung (dénonciation) des Bürgen über den eingeleiteten Rechtsstreit (en d. h. de la première démande) die Rede. Eine dem Wort und Sinne des Urtertes entsprechendere Uebersetzung des Urtertes dürfte etwa so lauten:

> „selbst auf die Kosten der ersten Klage und auf alle diejenigen, welche der hievon dem Bürgen gemachten Anzeige nachfolgen."

wenn wir gleich nicht verkennen, daß auch diese Uebersetzung nicht allen Anforderungen entspricht, und daß überhaupt die Uebersetzung der vorliegenden Phrase (namentlich wegen des Wörtchen en) nicht ohne Schwierigkeiten ist. Vielleicht haben diese sprachlichen Schwierigkeiten den Verfasser des Landrechts zu der fraglichen Abweichung vom Urterte vermocht. Es möchte indessen immerhin als auffallend erscheinen, daß der gedachte Verfasser des Landrechts in seinen Erläuterungen zu S. 2016 unter den vom Bürgen zu leistenden Zugehörden der Schuld schlechthin „die Kosten oder allen gerichtlichen oder außergerichtlichen Aufwand, der auf Beitreibung der Schuld gemacht werden muß," nennt, wenn nicht dieser unbedingte Ausspruch so gedeutet werden könnte, als ob dabei die Bedingung der Pflicht zu Vergütung aller Kosten, nämlich die rechtzeitige Aufforderung (dénonciation) unterstellt würde, und wenn nicht der gedachte Verfasser des Landrechts selbst in seinen Erläuterungen zu S. 2028 die Richtigkeit obiger Auslegung des S. 2016 gelegentlich anerkannt hätte.

Nach Allem diesem wird auch im badischen Rechte dem S. 2016 keine andere Auslegung zu geben sein, wie im französischen Rechte. Denn einestheils läßt sich dem ba-

badischen Texte ungeachtet seiner Abweichung vom französischen Texte keine rationell zu begründende selbständige Deutung geben, namentlich widerspricht er schon seiner Wortfassung nach der Ansicht, als sei der Bürge unbedingt für alle Kosten verhaftet; andernfalls kann immerhin noch in den Worten des badischen Textes, der dem französischen Texte, sowie der historischen und rationellen Gesetzesauslegung entsprechende Sinn gefunden werden. Dazu kommt noch, daß nirgends eine Spur davon ersichtlich ist, daß der badische Gesetzgeber hier vom französischen Rechte abweichen wollte, und daß auch gar kein Grund hiezu vorlag. Wir machen schließlich noch darauf aufmerksam, daß der (übrigens in seiner Fassung offenbar fehlerhafte — vergl. Troplong zu Art. 2028, No. 350; Brauer zu dems. S.) Satz 2028 das Verhältniß zwischen Bürgen und Hauptschuldner bezüglich des Kostenersatzes in ähnlicher Weise ordnet, wie dies in Ansehung des Verhältnisses zwischen Gläubiger und Bürgen im S. 2016 geschieht.

Eine wichtige praktische Folge des bisher Erörterten, welche, wie uns scheint, zu wenig beachtet wurde, besteht darin, daß der Gläubiger, der sich seinen Anspruch auf die Kosten des Rechtstreits mit dem Hauptschuldner auch dem Bürgen gegenüber sichern will, sogleich zu Beginn des erwähnten Rechtsstreits den Bürgen davon in Kenntniß zu setzen hat. Die Gesetze schreiben eine Form, in welcher dies zu geschehen hat, nicht vor. Es ist also anzunehmen, daß die fragliche Benachrichtigung ohne besondere Förmlichkeit geschehen kann, und daß ihre Wirksamkeit vor dem Richter nur davon abhängen wird, ob sie bewiesen werden kann, oder nicht. Indeß dürfte die einfachste, sicherste und wohl jedenfalls zulässige Art und Weise, die Benachrichtigung, beziehungsweise Aufforderung zu bewirken, die sein, in welcher auf Antrag einer Partie durch Vermittelung des Richters die Streitverkündung zur Kenntniß der betreffenden Personen gebracht zu werden pflegt.

Roßhirt.

IV.

Einsprache gegen unbedingte Befehle.

In den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern, neue Folge, Band 8, S. 187, wird von Bekk ausgeführt, daß die Einsprache des Beklagten gegen einen unbedingten Befehl auch nach Umlauf der zur Befolgung desselben vom Richter festgesetzten Frist zulässig sei. Hiergegen wird in den Annalen, 15. Jahrg., 1847, S. 153—162 nachzuweisen versucht, daß die in Folge eines unbedingten Befehls erlassene Vollstreckungsverfügung die Wirkung eines Versäumungserkenntnisses habe, gegen welche mithin eine Einsprache nur nach Maßgabe der §§. 658 u. f. der Pr.O. über Wiederherstellungen zulässig sei. Gleichwohl hat das gr. Oberhofgericht in seinem Urtheil vom 25. Nov. 1847, J. S. Rindeschwender gegen Asmuth die Einsprache gegen einen unbedingten Befehl nach längst erkannter Vollstreckung zugelassen, ohne daß die Voraussetzungen zu einer Wiederherstellung vorhanden waren. Der Fall war folgender: Der frühere Advokat Rindeschwender hatte verschiedene Urtheile gegen Frau v. Fechenbach über ziemlich bedeutende Summen erwirkt. Nach dem Tode derselben begehrte er auf den Grund dieser Urtheile, welche sämmtlich rechtskräftig geworden waren, einen unbedingten Befehl gegen deren Erbin, Sophie Asmuth, welcher auch unterm 8. Juli 1847 ertheilt wurde. Auf Anrufen des Klägers erfolgte sodann unter dem 26. August 1847 eine Vollstreckungsverfügung; erst jetzt wurde Einsprache erhoben, diese aber, ohne Rücksicht auf die Materialien, unter dem 16. September 1847 von dem Hofgericht des Mittelrheinkreises, welches das zuständige Erstinstanzgericht der Frau v. Fechenbach gewesen war, verworfen. Hiergegen wurde die Berufung an das gr. Oberhofgericht ergriffen, welches durch das oben angeführte Urtheil zu Recht erkannte, daß die hofgerichtliche Verfügung, soweit dadurch die gegen den unbedingten Befehl vom 8. Juli d. J. erhobene Einsprache als verspätet verworfen wurde, aufzuheben und dem gr. Hofgericht aufzugeben sei, über dieselbe zu erkennen. Die Entscheidungsgründe lauteten wie folgt:

„Mag man die hofgerichtliche Verfügung v. 8. Juli d. J., durch welche der Beklagten in Folge eines vom Kläger beigebrachten Beweises die Befolgung der gegen Freifrau v. Fechenbach ergangenen Urtheile aufgegeben wird, als einen unbedingten Befehl, oder aber als eine Verfügung ansehen, durch welche nur die ursprüngliche urtheilsmäßige Frist von neuem anberaumt werden sollte, so kann der Umlauf der der Beklagten zur Befolgung des Befehls gegebenen Frist, schon deßhalb nicht unbedingt den Ausschluß jeder dagegen zu erhebenden Einsprache zur Folge haben, weil es Einreden gibt, die selbst in der Executions-Instanz zulässig sind, über die

Zulässigkeit einer solchen Einsprache mithin nur mit Rücksicht auf deren Inhalt entschieden werden kann.

Auch abgesehen von der Frage, ob die von dem großh. Hofgericht erlassene Vollstreckungsverfügung einen weder angedrohten noch ausgesprochenen Ausschluß der gegen die Verfügung vom 8. Juli zu erhebenden Einsprache enthalten kann, ist die Beklagte durch die hofgerichtl. Verfügung vom 16. Septbr. l. J. jedenfalls deßhalb beschwert, weil ihre Einsprache ohne alle materielle Prüfung nur aus einem formellen Grunde zurückgewiesen worden ist. Denn wenn auch diese Verfügung dahin lautet, daß die Einsprache verworfen werde, so geht doch aus den Entscheidungsgründen zu derselben hervor, daß dieselbe ohne Prüfung der Materialien nur wegen der von dem großh. Hofgerichte unterstellten Verspätung als unstatthaft erklärt, und keine Entscheidung über die Einsprache selbst gefällt werden sollte und gefällt worden ist. Es mußte demnach diese beschwerende Verfügung aufgehoben und dem großh. Hofgericht aufgegeben werden, über den Werth der erhobenen Einsprache vorerst selbst zu erkennen."

Das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises hat diese Ansicht des obersten Gerichtshofs nicht adoptirt, vielmehr in folgendem Fall nach der in den Annalen enthaltenen Ausführung erkannt: Kaufmann Haas suchte den 23. März d. J. um einen unbedigten Befehl nach, der auch ertheilt wurde. Unter dem 12. April wurde auf Anrufen des Klägers die Vollstreckung erkannt, und diese Verfügung den 16. ej. zugestellt. Den 19. Mai wurde sodann Einsprache erhoben, welche durch amtliches Erkenntniß vom 21. Juni verworfen wurde, weil Einsprachen nur so lange zulässig seyen, als nach den Bestimmungen der §§. 1072—74 die Vollstreckung nicht beendet sei. Auf ergriffene Berufung wurde das amtliche Erkenntniß durch Urtheil des großh. Hofgerichts vom 16. Nov. 1850 bestätigt aus folgenden Gründen:

Nach §. 705 der Pr.O. ist dem Beklagten zur Vorbringung der gegen einen unbedingten Befehl zulässigen Einreden diejenige Frist gestattet, welche im Befehl zur Folgeleistung desselben angeordnet ward. Wollte man aber auch annehmen, daß dem Beklagten außerdem noch eine weitere Frist hiezu vergönnt wäre, so könnte dieß doch höchstens, in Anwendung des von der Pr.O. aufgestellten Grundsatzes der Restitution gegen Versäumnisse, die vierzehntägige Wiederherstellungsfrist von Erlassung der im Befehl angedrohten Vollstreckungsverfügung an sein.

Noch weiter kann das Recht zur Einsprache offenbar nicht ausgedehnt werden, wenn man dasselbe nicht überhaupt ohne alle Einschränkung zulassen will. Da nun im vorliegenden Fall der Beklagte die Einsprache gegen den unbedingten Befehl weder in der erstern, noch auch in der letztern Frist, sondern sogar erst nach vollständig beendigter Vollstreckung erhoben hat, so ist dieselbe hier unter allen Umständen verspätet und der Beklagte durch das unterrichterliche Urtheil, welches diese Einsprache verwarf, nicht beschwert, weßhalb dasselbe lediglich bestätigt werden mußte.

In den Anmerkungen zu §. 705 der Pr.O. von Thilo wird einer ähnlichen Entscheidung des großh. Hofgerichts des Mittelrheinkreises gedacht. Dennoch dürfte die in den Entscheidungen des höchsten Gerichtshofs vertretene Ansicht den Vorzug verdienen. Unsere Prozeßgesetzgebung, wie sie zur Zeit besteht, geht nämlich von dem Grundsatz aus, daß aus der Unterlassung einer Prozeßhandlung ein Rechtsnachtheil erst dann entsteht, wenn dieser ausdrücklich angedroht worden ist. Pr.O. §. 330 und 653.

Man darf daher auch in dem unbedingten Mandatsprozeß diesen Grundsatz nicht willkürlich bei Seite setzen, und den Beklagten nicht mit Einreden ausschließen, zu deren Geltendmachung er nicht einmal richterlich aufgefordert wurde. Der unbedingte Befehl enthält nur eine Aufforderung zur Folgeleistung bei Vermeidung der Hülfsvollstreckung und diese tritt dann gemäß §. 705 nach Umlauf der Frist ein. Ein weiteres Präjudiz anzudrohen, ist der Richter durch kein Gesetz ermächtigt, und es würde darum ein doppelter Verstoß gegen die Principien der Pr.O. darin liegen, daß man ein Präjudiz realisiren wollte, dessen Androhung gesetzlich nicht einmal zulässig ist. Endlich kann auch darin, daß man dem Vollstreckungsdekret die Wirkung eines Versäumungserkenntnisses beilegt, meines Erachtens ein Verstoß gegen das System der Prozeßordnung gefunden werden, da dieses überall ein Aussprechen des vorher angedrohten Rechtsnachtheils verlangt, §. 654, und nur für die Nothfristen die Ausnahme statuirt, daß zwar kein Präjudiz angedroht, aber der Rechtsnachtheil gleichwohl ausdrücklich ausgesprochen werden muß. Die Zustellung eines solchen Versäumungserkenntnisses ist eine Mahnung für die Parthie, die letzte Frist zu benutzen, um das Versäumte wieder gut zu machen. Wem

aber gar kein solches Erkenntniß zugestellt worden ist, der darf nach dem System unserer Prozeßordnung behaupten, er habe überhaupt noch nichts versäumt. §. 655. Die hofgerichtliche Ansicht verstößt daher gegen drei Grundprincipien unseres Prozeßverfahrens, wonach

1) nur solche Rechtsnachtheile, welche im Gesetz bestimmt sind, angedroht,
2) nur vorher angedrohte Rechtsnachtheile ausgesprochen werden dürfen, und
3) ein Versäumniß insolange nicht vorhanden ist, als dasselbe nicht vom Richter ausgesprochen wurde.

(Schluß folgt.)

V.

Oberhofgericht.

Umfang und Gegenstand der Adhäsion.

Kilgus gegen Fischer.

Gegen ein hofgerichtliches Urtheil vom 24. Mai 1850 war von der Klägerin die Oberberufung ergriffen worden.

Die Beklagten schlossen sich nun diesem Rechtsmittel an und beschwerten sich unter anderem darüber, daß durch hofgerichtlichen Beschluß vom 20. Juli 1849 die von der Klägerin gegen das unterrichterliche Urtheil vom 2. Januar 1849 eingeführte Appellation, obgleich verspätet, zugelassen ward.

Die Klägerin hatte aber gegen den hofgerichtlichen Beschluß, welcher ihre Appellation zuließ, als eine ihr günstige Verfügung, überall kein Rechtsmittel eingewandt, sondern die Oberappellation gegen das auf zugelassene Berufung erfolgte Endurtheil eingeführt. Es wurde daher auch die Anschließung der Beklagten durch oberhofgerichtliches Erkenntniß vom 7. Novbr. v. J. als unstatthaft verworfen, weil das Recht der Anschließung sich auf dieselben Streitpunkte beschränkt, welche der Oberappellant als Gegenstände seiner Beschwerden bezeichnet und deren Entscheidung in voriger Instanz den Anträgen des Oberappellanten nicht gänzlich entspricht. Pr.O. §. 1166 u. 1189.

Die Red.

VI.

Erwerb von Forstberechtigungen durch Verjährung.

In der Prozeßsache der Gemeinde Neuhausen gegen den großh. Fiscus wegen Anerkennung einer Streuberechtigung hatte das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises unterm 26. Juli 1849 auf Beweis erkannt, wobei es von der Ansicht ausging, daß Forstberechtigungen durch unfürdenkliche Verjährung — vom 1. September 1834 zurückgerechnet — erworben würden. Nach erhobenem Beweise ging jenes Hofgericht von dieser Ansicht ab und verwarf die Klage durch Urtheil vom 14. Februar 1850, indem es nun der oberhofgerichtlichen Ansicht beipflichtete, daß Forstberechtigungen nur durch unfürdenkliche, bereits bei Einführung des Landrechts vollendete Verjährung erworben werden können. Die Entscheidungsgründe sind im Wesentlichen diejenigen, welche großh. Oberhofgericht zu Begründung der nämlichen Ansicht in einigen Rechtsfällen angegeben hat, und welche in Annalen 1846, S. 262, III. enthalten sind.

Auf Appellation der Gemeinde hat das großh. Oberhofgericht, II. Sen., durch Urtheil vom 25. Oktober 1850 jene hofgerichtliche Entscheidung unter Adoptirung deren Gründe bestätigt.

Es ist erfreulich, daß das großh. Oberhofgericht von seiner früher sehr wechselnden Ansicht über Erwerb der Forstberechtigungen durch Verjährung abgekommen ist und sich constant zur oben bemerkten, gewiß allein richtigen Ansicht bekennt.

Eberlein,
Domainenassessor in Carlsruhe.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. No. 3. Mannheim, 18. Januar 1851.

I.

Entwurf
eines Leitfadens beim Zehntablösungsverfahren.

Vorwort.

Daß der Beamte mit einer wahren Scheu und mit einem großen Widerwillen sich an die Zehnt- und Zehntlasten Ablösungsverhandlungen macht, und daß daher auch schon deßhalb diese Verhandlungen häufig verzögert und hinausgeschoben werden, darf als ausgemachte Thatsache angenommen werden.

Sie hat nicht nur in dem allgemein bekannten Tadel über das Zehntablösungsgesetz, mit welchem daher Niemand gern etwas zu thun hat, ihren Grund, sondern auch in dem Umfang und in der großen Verschiedenheit des fast bei den meisten Ablösungen sich bietenden Stoffs der Verhandlung und gerade diese beiden Umstände hätten erheischt, daß das Gesetz selbst um so vollständiger, durch seine Zusammenstellung faßlicher und dem Beamten handgerecht gegeben wird.

Von allem diesem ist aber beim Zehntablösungsgesetz nichts zu finden; dasselbe bietet — das Hinterste nach Vornen und das Vorderste nach Hinten bunt durcheinander geworfen — an und für sich schon und noch mehr im Verein mit der großen Anzahl der seit seinem Erscheinen bis heute nachgefolgten, ergänzenden und erläuternden Verordnungen das Bild eines Haufen Mosaik von einem sogenannten Geduldspiel; wie wenn es — gleich der Geduld des spielenden Kindes — die Geduld des sonst vielfach beschäftigten Beamten absichtlich auf die Probe stellen wollte.

Insbesondere scheint es beim §. 57 hierauf abgesehen zu sein, bei dessen Anblick mir jedesmal der Orientirungsstock einfällt, der unmittelbar vor der Stadt Straßburg steht mit der Inschrift „Straße nach Wien!“

Man wird durch den zufällig zusammengeknöpften Inhalt dieses §. zur Ansicht verleitet, als stünde man unmittelbar vor dem Ziel, welches dort der Uebermuth der Franzosen, hier ein Mißgriff des Gesetzgebers näher darstellt, als es wirklich ist.

Aus den nur wenigen Zehntablösungsacten, welche mir unter die Hände kamen, habe ich auch die Bemerkung gemacht, daß sogar auch die höhern Behörden selbst, wie z. B. der Oberkirchenrath und die Kreisregierung durch ihre fast in jedem Erlaß enthaltene „Hinweisung zum Verfahren nach §. 57“ die Aemter in die vom Gesetzgeber angelegte Sackgasse führen, aus welcher man jedesmal mit Zeitverlust und daher zum Nachtheil des Ablösungsgeschäfts, meistens auf Veranlassung der Finanzbehörde zurückkehren und vorerst noch eine Anzahl anderer Punkte erledigen muß, ehe man nach §. 57 verfahren kann.

Es wäre daher wünschenswerth, wenn jene Behörden, statt auf den §. 57 hinzuweisen, den **nächsten** Schritt, der zu thun ist, andeuteten oder jene Hinweisung eher ganz unterließen, dem Amt anheimstellend, nach Lage der **Gesammt**verhandlungen das Angemessene weiter zu verfügen.

Ich fühle mich nicht berufen, das Zehntablösungsgesetz, welches bekanntlich rasch ins Leben gerufen worden ist und vielleicht deßhalb Manches nicht enthält, was es in sich aufnehmen sollte und auch wieder sachliche Bestimmungen und Bestimmungen über das Verfahren bunt durcheinandermengt, zu tadeln oder besser zu machen, allein den Versuch glaubte ich unternehmen zu können, die Mosaik zusammenzufügen und dadurch beizutragen, **über das Ganze ein anschauliches Bild und einen Ueberblick über das zeitfolgegemäße Verfahren festzustellen, was unter gehöriger Berücksichtigung sämmtlicher seit der Verkündung des Gesetzes erschienenen Verordnungen, so wie der**

Abhandlungen in den Annalen der badischen Gerichte bei jedem einzelnen Zehntablösungsfall als eine Art Leitfaden dienen könnte.

Dieser Leitfaden, dem zum bessern Verständniß des ganzen Zehnt- und Zehntlasten-Ablösungsgeschäfts, sowie überhaupt der Vollständigkeit wegen ein „allgemeiner Theil" vorangeht, soll dabei den Vortheil gewähren, daß der Beamte bei einer Vergleichung des Inhalts der jeweils vorliegenden Acten mit der hier entworfenen Uebersicht, sogleich sich zurecht findet, in welcher Lage sich das Ablösungsgeschäft befindet und was er hiernach weiter zu verfügen hat, und daß er nicht unnöthigerweise das ganze Zehntablösungsgesetz und die vielen verschiedenen Verordnungen mühsam und mit Zeitverlust nachzuschlagen und zu durchlesen hat, sondern in jeder Lage der Verhandlung sogleich auf die Gesetzesstelle und Verordnung hingewiesen ist, welche ihm nach der Sachlage die zunächst weiter zu beobachtenden Bestimmungen an die Hand geben.

Ich bescheide mich bei diesem Versuch, daß Erfahrnere den demselben zu Grund liegenden Gedanken richtiger und vollständiger vielleicht durchführen werden.

Pforzheim, im April 1850.

Dietz, Amtmann.

Inhaltsverzeichniß des Leitfadens.

Leitfaden für das Verfahren bei der Zehntablösung.

I. Theil.

Allgemeine Bestimmungen.

§. 1.

Vom Zehnten überhaupt.

Hinsichtlich des Zehnten, der Zehntherrschaft, des Zehntbezugs, der Zehntlasten und der Erlöschung des Zehntrechts sind die Bestimmungen in den L.R.S. 710 aa. bis ef. maaßgebend; vergl. hierbei auch §. 1. und 20. des Zehnablösungsgesetzes.

Ueber den Unterschied, ob eine Last auf dem Zehntrecht oder auf dem Zehnten ruht, sowie über die Ablösbarkeit der Zehntlasten siehe Annalen 1840, Seite 49; 1849/50, S. 62. 353.

§. 2.

Betheiligte Personen.

Die Personen, die bei der Zehntablösung als Betheiligte erscheinen, sind

I. einer oder mehrere Zehntberechtigte.

In der Regel ist dieses entweder die Staatsgüter-Verwaltung (Domainen-Fiscus) oder eine Pfarrpfründe, oder eine Kaplanei mit Seelsorge verbunden (Verordnungsblatt 1840, S. 58.) *), oder eine Schulpfründe oder eine Gemeinde oder sonstige Corporation oder eine Stiftung.

II. die Zehntpflichtigen einer Gemarkung oder eines Distrikts oder eines geschlossenen Hofguts (§. 22. Z.A.G.),

---

*) Bei der Unzweckmäßigkeit der Einrichtung unserer Verkündungsanstalten muß der Einsender bedauern, daß bei Aufführung des Verordnungsblattes jeweils nur das des Mittelrheinkreises zu verstehen ist.
Der Eins.

III. die Lastenberechtigten; diese sind
1) entweder der Zehntpflichtige selbst
2) oder dritte Personen,

IV. der Lastenpflichtige, ist der Zehntberechtigte selbst; bei Baulasten aber kann auch ein Dritter (z. B. ein Fond oder eine Gemeinde) in erster Reihe oder hilfsweise (in zweiter Reihe) baupflichtig sein,

V. dritte Personen, die in Hinsicht auf den abzulösenden Zehnten in seiner Eigenschaft als Lehenstock, Stammgutstheil, Unterpfand u. s. w. Rechte erworben haben (§. 17. 74—77 d. Z.A.G.),

VI. Zehntpächter (§. 18. Z.A.G.),

VII. die Staatskasse, welche $^{1}/_{5}$ des Zehntablösungscapitals übernimmt (§. 12. Z.A.G.).

§. 3.

Vertretung der Betheiligten.

Die im vorhergehenden §. aufgeführten Personen werden bei den Ablösungsverhandlungen vertreten

zu I. als Zehntberechtigte:

1) die Staatsgüterverwaltung (Domänenfiscus) — durch die Finanzbehörde, nämlich durch die betreffende Domänenverwaltung (im ehemaligen Main- und Tauberkreis durch die betreffende Obereinnehmerei), unter Leitung der Hofdomainenkammer (Reggsbl. 1834, S. 83, Art. 12.);

2) wo es sich um Kirchen-, Schul- und Stiftungszehnten handelt, sie mögen unter unmittelbarer Verwaltung oder unter Aufsicht des Oberkirchenraths stehen oder nicht — durch den evangelischen oder katholischen Oberkirchenrath und zwar bei Pfarr- und Schulpfründen unter Mitwirkung der jeweiligen Pfründmeister (Pfarrer oder Schullehrer) und bei nicht unmittelbar verwalteten Zehnten nach Vernehmung der betreffenden Verwaltungs-Kirchengemeinderäthe oder Stiftungsvorstände (R. 1834, S. 83, Art. 3; 1827, S. 1; 1828, S. 197; B. 1845, S. 4.);

3) wo es sich um Zehnten handelt, welche nicht der Kirche oder Schule gehören, sondern andern Fonds und Localstiftungen unter Aufsicht und Verwaltung der Kreisregierung, leiten nicht mehr die Kreisregierungen, sondern die Aemter als Administrativbehörden die Verhandlungen nach Vernehmung der betreffenden Verwaltungsräthe oder Stiftungsvorstände (R. 1834, S. 84, Art. 4, Abs. 2; Art. 7, Abs. 2 vergl. mit B. 1844, S. 15.);

zu II. die Zehntpflichtigen

1) entweder durch den Gemeinderath, wenn die Gemeinde statt der Zehntpflichtigen die Ablösung übernimmt (§. 23, No. 1; §. 49 vergl. mit §. 48 am Ende des Z.A.G.; Ann. 1843, S. 361, 237) unten §. 15;

2) oder durch die drei (neun) aus der Mitte der Zehntpflichtigen erwählten Vertreter (§. 23, No. 2; §. 50. Z.A.G.) unten §. 15;

3) oder durch die Besitzer der geschlossenen Hofgüter (§. 23, No. 3. Z.A.G.);

zu III. die Lastenberechtigten

1) entweder durch den Oberkirchenrath unter Mitwirkung der jeweiligen Pfarrer oder Schullehrer und was die Baulasten und andere kirchliche Bedürfnisse betrifft, nach Vernehmung der betreffenden Kirchengemeinde (R. 1834, S. 84, Art. 7.);

zu IV. die Lastenpflichtigen

1) entweder durch die Domänenverwaltung
2) oder durch den Oberkirchenrath
3) oder durch den Gemeinderath;

zu V. u. VI. dritte Berechtigte oder Zehntpächter besorgen ihre Angelegenheiten selbst;

zu VII. die Staatskasse durch die Domänenverwaltung.

§. 4.

Befugniß, Verbindlichkeit, Zeit zur Ablösung und zum Rücktritt.

Ueber die Befugniß, Verbindlichkeit und Zeit der Ablösung sind die §§. 1, 20—24, 58, 59 u. 60 a. E. des Z.A.G.; über das Zurücktreten von der Ablösung die §§. 25 und 51. Z.A.G. maaßgebend.

Ueber die Ablösung des sog. ruhenden Zehnten siehe Ann. 1844, S. 27 u. 368; 1845, 61.

Auch ein Zehntsurrogat kommt bei der Zehntablösung in Anrechnung. Ann. 1847, S. 322, vergl. §. 15. Z.A.G.

§. 5.

Ablösung des Zehnten.

Die Ablösung erfolgt durch Darlegung des zwanzigfachen Betrags der mittlern, nach Abzug von Verwaltungskosten, Abzugen, Nachlässen und Steuern gemäß dem §. 36. Z.A.G. bemessenen jährlichen Zehnteinnahme. (§. 2. Z.A.G. u. §. 27, No. 6 das.)

Die mittlere jährliche Zehnteinnahme wird, wenn eine außeramtliche Uebereinkunft unter den Betheiligten nicht stattfindet, durch Entscheidung nach Vorschrift des Zehntablösungsgesetzes bestimmt (§. 3. Z.A.G.) unten §. 16.

Bei dieser Bestimmung und sonach bei Festsetzung des Ablösungscapitals bleiben privatrechtliche, auf dem Zehnten haftende Lasten unberücksichtigt (§. 4. Z.A.G.)

§. 6.

Verschiedenartigkeit der Lasten.

Die auf den Zehnten ruhenden Lasten sind

I. entweder **privatrechtliche Lasten**, nämlich
   1) Kirchenbedürfnisse:
      a) Baulasten für Pfarrkirchen, Kapellen, Pfarrhäuser, Pfarrhöfe, Caplaneien.
      b) Competenzen (Pfründen) von Geistlichen oder der mit Seelsorge verbundenen Caplaneien.
      c) Kirchenrequisite.
   2) Schulbedürfnisse:
      a) Baulichkeiten für Schulen oder Schullehrer.
      b) Competenzen für Schullehrer.
      c) Schulrequisite.
   3) Meßnereibedürfnisse:
      a) Meßnerhäuser.
      b) Meßnergehalte.
   4) Friedhofbedürfnisse:
      Friedhöfe, Begräbnißstätten.
   5) Faselviehlasten:
      Gesetz über die Ablösung der Faselviehlast, R. 1837, S. 206. Ann. 1840, S. 157; 1841, S. 262; 1843, S. 171; 1848, S. 237.
   6) Milde Zwecke.
   7) Andere Leistungen.

II. oder öffentliche Lasten; nämlich
   Steuern, Brandkassengeld u. dgl.

Hinsichtlich der Staatssteuer vergl. auch §. 2, §. 36, No. 2, §. 37. Z.A.G.

Hinsichtlich der Brandversicherungsbeiträge s. R. 1841, S. 70, §. 14, No. 5; S. 83, §. 59; S. 87, §. 80.

Darüber, wer bei kirchlichen Gebäuden die Brandversicherungsbeiträge zu leisten hat, siehe V. 1843, S. 49; 1844, S. 24, vergl. 1845, S. 91, §. 9, No. 4, S. 94.

§. 7.

Vergütung für die Zehntlasten.

Für privatrechtliche auf dem Zehnten ruhende Lasten wird aus dem Ablösungscapital eine entsprechende Vergütung geleistet, welche nach freier Uebereinkunft, und wo solche nicht zu Stande kömmt, nach Vorschrift des Zehntablösungsgesetzes zu bestimmen ist (§. 4. Z.A.G.) unten §. 25—39.

Wenn das Zehntablösungscapital zur Deckung der Lasten nicht hinreicht, oder unter mehrere Lastenberechtigte zu vertheilen ist, so ist nach §. 7 d. Z.A.G. zu verfahren. (Vergl. auch Ann. 1846, S. 91 und 1848, S. 237.)

§. 8.

Verfahrungsweise bei der Ablösung im Allgemeinen.

Die Ablösung des Zehnten, beziehungsweise die Festsetzung des Zehntablösungs- und des Lastenablösungscapitals oder die Festsetzung einzelner einschlägigen Punkte geschieht

1) entweder mittelst gütlichen Uebereinkommens der Betheiligten. Dieses muß in allen Fällen versucht werden (§. 58. Z.A.G.; Ann. 1841, S. 127.)
   Das gütliche Uebereinkommen geschieht entweder ohne Mitwirkung des Amts, oder namentlich da, wo es vorgeschrieben ist (z. B. bei der Baulastencapitalfestsetzung oder bei Abhaltung der Schlußtagfahrt §. 57. Z.A.G.) unter dessen Leitung,
2) oder wenn gütliches Uebereinkommen überhaupt oder über einzelne Punkte nicht zu Stande kömmt, mittelst schiedsrichterlicher Entscheidung. Wegen Beschleunigung derselben siehe V. 1844, S. 73,
3) oder wenn auch diese nicht herbeigeführt werden kann, durch richterliches Urtheil (§. 58. Z.A.G.)

§. 9.

Abzuschließende Verträge.

Kömmt ein gütliches Uebereinkommen zu Stande, so sind sowohl über die Festsetzung des Ablösungscapitals des Zehnten, als auch über die Festsetzung der Ablösungscapitalien der verschiedenen auf dem Zehnten haftenden privatrechtlichen Lasten unter den Betheiligten förmliche Verträge abzuschließen (R. 1834, S. 83, Art. 1.)

§. 10.

Genehmigung dieser Verträge.

Zur Giltigkeit dieser Verträge ist die Genehmigung einzuholen

1) in allen Fällen die der großh. Hofdomänenkammer (R. 1834, S. 83, Art. 1, 2, 6), durch Vermittlung der Domainenverwaltung als Finanzbehörde (§. 33. Z.A.G.; V. 1841, S. 56, No. 1.

Wollen die Zehntberechtigten mit der Finanzbehörde nicht communiciren, so kann der Vertrag nur eventuell, d. h. unter Vorbehalt der Zustimmung der Finanzbehörde abgeschlossen werden (V. 1841, S. 56, No. 2) unten §. 22,

2) bei Kirchen-, Schul- und Stiftungszehnten unter unmittelbarer Verwaltung oder Aufsicht des Oberkirchenraths, oder bei Fonds, welche unter Verwaltung und Aufsicht der Kreisregierung stehen, aber Bestandtheile von kirchlichen und Schulfonds enthalten, die Genehmigung des betreffenden Oberkirchenraths (R. 1834, S. 83, Art. 3.).

Der katholische Oberkirchenrath wird sich vor der Genehmigung mit dem erzbischöflichen Ordinariat benehmen (R. 1834, S. 83, Art. 3 u. f.; V. 1844, S. 15.),

3) bei Zehnten, welche nicht der Kirche oder Schule zustehen, sondern andern Fonds und bei Localstiftungen unter Aufsicht und Verwaltung der Kreisregierung, ferner bei Gemeindezehnten und Zehnten von andern unter ihrer Aufsicht stehenden Korporationen — der betreffenden Kreisregierung (R. 1834, S. 85, Art. 4, Abs. 1.),

4) bei Stiftungszehnten der Universität Freiburg die Genehmigung des grßh. Ministeriums des Innern (R. 1834, S. 84.),

5) bei Ablösungen durch die Gemeinde die Zustimmung des Gemeinderaths und Bürgerausschusses (§. 53, 54. Z.A.G.),

6) bei Ablösungen durch die Vertreter der Zehntpflichtigen, die Zustimmung der gesetzlich bezeichneten Anzahl der Pflichtigen (nämlich von ⅔ derselben mit wenigstens der Hälfte der zehntbaren Güter) §. 53, 54. Z.A.G.

§. 11.

Beschleunigung des Verfahrens und Einhaltung der Fristen.

Im ganzen Verfahren sind die gesetzlich bestimmten oder amtlich festzusetzenden Fristen strenge einzuhalten (V. 1844, S. 75) und sind überhaupt die Ablösungsverhandlungen thunlichst zu fördern.

§. 12.

Tax-, Sportel- und Stempelfrei.

Die Zehntablösungsverhandlungen, einschließlich der richterlichen, so wie die Ausfertigungen des Amtsrevisorats (unten §. 66 u. 67) sind Tax-, Sportel- u. Stempelfrei (§. 70. Z.A.G.; V. 1839, S. 87.)

Hinsichtlich der Gebühren des Amtsrevisorats für Aufnahme und Ausfertigung der Zehntablösungsverträge siehe V. 1842, S. 30, 43.

§. 13.

Kosten des Ablösungsverfahrens.

Die Kosten der Abschätzung zahlen beide Theile zur Hälfte; der unterliegende Appellant aber allein (§. 70, Abs. 2. Z.A.G.; V. 1844, S. 13.)

Die Kosten, welche den Pfarrpfründen durch Aufstellung der Liquidationsoperate und durch Fertigung der Ablösungsverträge entstehen, haben sie selbst zu tragen. (Vorschußweise Anweisung V. 1840, S. 63.)

II. Theil.

Besondere Bestimmungen.

1. Abtheilung.

Vom Ablösungsverfahren.

1. Abschnitt.

Verfahren im gütlichen Weg.

1. Titel.

Vom Zehntablösungs-Capital.

1. Kapitel.

Ermittlung des Ablösungs-Capitals.

§. 14.

Veranlassung zum Ablösungsverfahren.

Die Veranlassung zur Ablösung wird nach Maaßgabe der §. 48 oder 52 des Z.A.G. durch die Zehntpflichtigen oder durch den Zehntberechtigten gegeben.

§. 15.

1) Ablösung durch die Gemeinde. 2) Durch die Zehntpflichtigen selbst.

Geben die Zehntpflichtigen die Veranlassung, so fällt der Gemeindebeschluß

1) entweder bejahend aus. In diesem Fall vertritt der Gemeinderath die Pflichtigen (oben §. 3. II. 1.

Zu diesem Gemeindebeschluß bedarf es der Genehmigung der Staatsbehörde nicht (V. 1838, S. 27.)

Die Gebühren der Gemeinderäthe sind bestimmt im V. 1842, S. 51.

2) oder verneinend. In diesem Fall hat $^{1}/_{10}$ der Pflichtigen oder eine Anzahl Pflichtiger, die zusammen $^{1}/_{10}$ der pflichtigen Gemarkung besitzen, sämmtliche pflichtige Güterbesitzer zu vernehmen.

Wenn sich mehr als ⅔ dieser Pflichtigen dafür erklären und diese Anzahl nach dem Steueranschlag mindestens die Hälfte der zehntbaren

Güter besitzen, so werden von diesen Pflichtigen drei (oder neun) gewählt, welche die Zehntablösungsverhandlungen besorgen (oben §. 3. II. 2.)

Ueber Fehler beim Verfahren, über die Einvernahme der Gemeinde, über die Ablösung, siehe Ann. 1843, 237.

§. 16.

Berechnung des Zehntablösungscapitals. — 1) Urkunden. — 2) Schätzung.

Die Berechnung des Zehntablösungscapitals geschieht nach Maaßgabe der §§. 27, 36, 37, die Ermittlung des Rohertrags nach §. 28 d. Z.A.G. und zwar

1) entweder aus Rechnungen, Pachtcontracten oder sonstigen urkundlichen Nachweisungen.

   Ueber Urkundenedition. Ann. 1843, S. 361; 1847, S. 316, 324; siehe auch unten §. 51.

   Berichtigung bei Urkunden durch Schätzung, §. 30, 31, 36 a. E. d. Z.A.G. Ann. 1847, S. 324.

2) oder bei Ermanglung von Urkunden durch Schätzung, §. 29, 32—35, 36 a. E. d. Z.A.G.; R. 1834, S. 83, Art. 8, S. 86, Instruction für die Kreisregierung zur Festsetzung der Getreidepreise.

§. 17.

Erste Verfügung des Amts als Administrativbehörde, nämlich:

Ist die Ablösung in ihren Haupt- und Nebenpunkten beschlossen, und wird das Amt hievon von den Betheiligten (Zehntpflichtigen: Gemeinderath oder Vertreter; oder Zehntberechtigten) unter kurzer Darstellung des Zehntrechts und des bisherigen Ertrags, nebst einer vom Steuerperäquator des Bezirks beglaubigten Angabe des Zehntsteueranschlags in Kenntniß gesetzt und zwar, wenn bereits ein Vertrag zu Stande gekommen ist, zugleich mit Vorlage der Vertragsbestimmungen, so wird

(I. Oeffentliche Bekanntmachung des Ablösungsbeschlusses.)

I. dieser Beschluß vom Amt öffentlich durch die vier Kreisanzeigeblätter und den bekannten Gläubigern und dritten Berechtigten noch überdies besonders schriftlich bekannt gemacht (§. 74. Z.A.G.)

Diese Gläubiger und Berechtigte haben eine gesetzlich festgesetzte Frist von 3 Monaten zur Anmeldung ihrer Rechte auf das Ablösungscapital bei Vermeidung, daß sie sich sonst lediglich an den Zehntberechtigten zu wenden haben (§. 17, 75. Z.A.G.)

Die Form des Ausschreibens ist bestimmt im B. 1837, S. 109.

Stiftungen haben die Einrückungsgebühren zu zahlen, B. 1839, S. 31; die Staatsgüterverwaltung, Pfarr- und Schulpfründen jedoch nicht, B. 1838, S. 69, 93; die Belegblätter sind jedoch auf Kosten der Amtskasse anzuschaffen, B. 1839, S. 86.

Auftreten von Gläubigern oder dritten Berechtigten.

Melden sich solche Gläubiger oder Berechtigte, so werden ihre Ansprüche gütlich oder gerichtlich erledigt (§. 75, Abs. 2. Z.A.G.)

Melden sich keine, so ist kein Versäumungserkenntniß zu erlassen (B. 1842, S. 31), sondern

in beiden Fällen kommt es sodann darauf an, ob Lasten auf dem Zehnten ruhen oder nicht (unten §. 18, Abs. 2.)

§. 18.

II. Kundschaftserhebung wegen privatrechtlichen Lasten.

II. wird vom Amt gleichzeitig mit obiger Bekanntmachung ein Zeugniß des Gemeinderaths erhoben, ob auf dem Zehnten privatrechtliche Lasten (§. 6 oben) haften oder nicht.

Der deßfallsige Bericht des Gemeinderaths ist jedoch für den Lastenberechtigten nicht maaßgebend, daher auch, wenn die Last bei der Ablösung unberücksichtigt geblieben sein sollte, der Lastenberechtigte nachträglich noch sein Recht geltend machen kann (Ann. 1848, S. 121.)

Ablösung ohne Lasten.

Haften keine Lasten auf dem Zehnten, ist ein abgeschlossener Ablösungsvertrag genehmigt (oben §. 10 und unten §. 22), oder rechtskräftiges Urtheil erwirkt (§. 60 unten), und hat die Ueberweisung des Ablösungscapitals stattgefunden (§. 23 unten), so wird nunmehr Tagfahrt nach §. 57 des Z.A.G. anberaumt (§. 62 unten).

§. 19.

III. Erhebung der Erklärung der Finanzbehörde.

III. wird vom Amt gleichzeitig verfügt, daß die oben (§. 17) bezeichneten Mittheilungen mit Frist von 3 Monaten der großh. Domänenverwaltung zur Erklärung zuzustellen sind. Ein Präjudiz wird nicht angedroht (§. 53. Z.A.G.; B. 1840, S. 301.)

Wo jedoch das Domänenärar selbst Zehntberechtigt ist (also selbst ablöst), versteht es sich von selbst, daß eine solche Zustellung unterbleibt (R. 1834, S. 85, Art. 13 a. E.)

§. 20.

Verhalten der Finanzbehörde.

Die Finanzbehörde (Domänenverwaltung)

1) ertheilt die außeramtliche Zustimmung,
2) oder verweigert sie,
3) oder ertheilt die Zustimmung auf die amtliche Zustellung (§. 19 oben),
4) oder verweigert sie,
5) oder gibt in der Frist gar keine Erklärung,
6) oder bringt formelle Erinnerungen vor, welche gehoben werden; gegen das Zehntrecht selbst stehen ihr keine Einwendungen zu (Ann. 1847, S. 323),
7) oder verlangt richterliche Entscheidung.

In den Fällen 3, 4, 6, 7 ist zuerst der Zehntberechtigte (oder wenn er das amtliche Einschreiten veranlaßt hat, der Zehntpflichtige) in Kenntniß zu setzen, und ist seine Genehmigung (§. 10 oben) eingegangen, so wird auch die Genehmigung der Pflichtigen (Gemeinderath und Ausschuß, oder gesetzlichen Anzahl der Pflichtigen oben §. 15, 2) eingeholt (§. 53, 54. Z.A.G.; V. 1841, S. 55; Ann. 1841, S. 128.)

§. 21.

Streit bei der Festsetzung des Ablösungscapitals.

Wenn der Berechtigte oder die Pflichtigen die Genehmigung verweigern, und nun kein gütliches Uebereinkommen zu Stande kömmt, so ist der gerichtliche Weg einzuschlagen (R. 1834, S. 84, Art. 6) unten §. 48 – 60.

§. 22.

Bindende Kraft der Verträge.

Stimmen beide zu und genehmigen den Vertrag, so ist im Fall:

a) unter No. 1, 3, 5 (§. 20 oben) der Vertrag für alle Betheiligten bindend, namentlich auch für die Staatskasse (§. 55. Z.A.G.; Ann. 1840, S. 297; 1841, S. 49, 130; 1843, S. 237) und die Zehntentrichtung an den Zehntberechtigten einzustellen (§. 61 unten) und das Ablösungscapital zu verzinsen — wenn nämlich nicht die Fortentrichtung des Zehnten beliebt wird,

b) unter No. 2, 4, 6 ist der Vertrag für den Berechtigten und die Pflichtigen bindend, falls sie nämlich ungeachtet der ablehnenden Erklärung der Finanzbehörde auf dem Vertrag beharren (V. 1841, S. 56, No. 3). Hinsichtlich der Zehntentrichtung gilt das oben Gesagte.

Folgen der Zustimmungsverweigerung der Finanzbehörde.

Im Fall unter b), so wie im Fall unter No. 7 (§. 20), ist aber das gerichtliche Verfahren einzuleiten, wobei die Finanzbehörde die Zehntpflichtigen vertritt, und dem Zehntberechtigten gegenüber handelt (§. 55. Z.A.G.; Ann. 1847, S. 322; 1849, S. 107.)

(Fortsetzung folgt.)

Einsprache gegen unbedingte Befehle.

(Schluß.)

Man kann sich zur Begründung der entgegenstehenden Ansicht nicht auf §. 705 beziehen, weil hier der Richter nur ermächtigt wird, die Vollstreckung zu erkennen, wenn keine Einreden vorgetragen wurden, nicht aber den Beklagten mit den Einreden auszuschließen; man kann sich noch weniger auf §. 946 beziehen, da hier im Zusammenhang mit den vorausgehenden §§. nichts Anderes gesagt werden will, als daß in Bezug auf die Vollstreckung, von welcher allein der 42. Titel handelt, vollzugsreife unbedingte Befehle den Urtheilen gleich stehen. Oder will man etwa behaupten, sie stehen auch in andern Beziehungen den Urtheilen gleich, so dürfte schon der Hinblick auf §. 718 Jeden eines Bessern belehren. Auch der Grund scheint mir nicht entscheidend, daß die Einsprachen sonst, d. h. wenn man die hofgerichtliche Ansicht nicht annehmen würde, ohne alle Einschränkung zugelassen werden müßten. Diese Unbeschränktheit könnte sich nur auf die Zeit beziehen, denn im Uebrigen enthält §. 706 die Beschränkung, daß nur sofort zu erweisende oder keines Beweises bedürftige Einreden zuläßig seyen. Solche an sich zuläßige Einreden abzuschneiden, ist gar kein Grund vorhanden, um so weniger, als die Exekution durch das Vorbringen derselben gar nicht unterbrochen, also der Zweck des unbedingten Mandatsprozesses nicht im Entferntesten gestört wird. Und soviel wird man wohl zugeben, daß der erste Grundsatz einer guten Rechtspflege, den beklagten Theil zu hören, nur soweit in dieser Prozeßart zurücktreten muß, als das Interesse der Beschleunigung es erheischt. Die Prozeßordnung gestattet daher dem Beklagten, innerhalb der zur Befolgung des Befehls bestimmten Frist seine Einreden vorzutragen, in diesem Fall muß vorerst über diese entschieden werden, §. 707; oder sie später vorzutragen, in welchem Fall er sich den Nachtheil gefallen lassen muß, daß die Vollstreckung während der Pro-

zeßverhandlung ununterbrochen fortgesetzt wird, falls er nicht etwa einen Einhalt zu erwirken vermag. Auf diese Art sind alle Interessen gewahrt, der Gläubiger wird in der schleunigsten Beitreibung seiner Forderung nicht gehindert, dem Beklagten wird das Gehör nicht versagt. Adoptirt man aber die hofgerichtliche Ansicht, so wird man sich wohl fragen müssen, wie es mit den Einreden zu halten ist, welche zum besondern Austrag vorbehalten werden können? Für diese muß ein besonderes Verfahren statt finden, ganz in der Art, wie die Regeln des gewöhnlichen Prozesses es erfordern, während die Vollstreckung in der Hauptsache ohne Unterbrechung bis zu Ende geführt wird, mit der Beschränkung jedoch, daß der Kläger Sicherheit für den etwaigen Rückersatz zu leisten verpflichtet ist. Pr.O. §. 707 u. 708. Hieraus ergibt sich, daß die Fortsetzung oder die Beendigung der Vollstreckung kein Hinderniß abgiebt, über den materiellen Gehalt der Einreden zu verhandeln und zu entscheiden. Müssen nun dergleichen Einreden nach der hofgerichtlichen Ansicht ebenfalls während der zur Befolgung des unbedingten Befehls bestimmten Frist, oder können sie auch später vorgebracht werden?

Man wird von Seiten der Vertheidiger der hofgerichtlichen Ansicht behaupten wollen, daß auch diese Einreden nicht später vorgebracht werden können, als innerhalb der durch §. 705 vorgeschriebenen Frist, wie auch in dem angeführten Aufsatz in den Annalen S. 158 geschieht; dem stünde aber entgegen, daß in dem Exekutivprozeß der sich dem unbedingten Mandats-Prozeß am meisten nähert, nach §. 726 nur der Ausschluß mit den in dieser Prozeßart zulässigen Einreden angedroht wird, man daher annehmen muß, es könne auch in dem unbedingten Mandatsprozeß mehr nicht als dieser Ausschluß erfolgen. Es stünde ferner dieser consequenten Ansicht entgegen, daß, indem das Gesetz die in dem unbedingten Mandatsprozeß nicht zulässigen Einreden zur besondern Ausführung verweist Pr.O. §. 707 und 708, es damit zu erkennen gegeben hat, daß sie nicht allein in der Frist des §. 705 nicht vorgetragen werden müssen, sondern nicht einmal vorgetragen werden können. Giebt man aber einmal zu, daß diese Einreden auch später vorgetragen werden können, so wird man natürlich andere Einreden nicht darum verwerfen, weil sie auf der Stelle beweislich sind, und daher im unbedingten Mandatsprocesse zulässig gewesen wären: eine solche Unterscheidung hat keinen Sinn mehr, da es nur von dem Beklagten abhängt, die ihm zustehenden Beweismittel nicht sofort zu gebrauchen. z. B. A. fordert fl. 1000 an B. und erwirkt dafür einen unbedingten Befehl; dieser macht keine Einsprache, weil er weiß, daß er die Summe schuldig ist. Später erst erfährt er, daß der Bürge C. bereits fl. 500 an dieser Schuld abgetragen hat, er kann jedoch den Beweis dafür nicht mit öffentlichen Urkunden führen; gleichwohl wird man ihm verstatten müssen, die Einrede der Zahlung vorzutragen. Es wird dabei Nichts verfangen, wenn er seinen Vortrag als Einsprache bezeichnet, da es ja nicht auf den Namen, sondern auf die Sache ankommt. Ueber die nach umlaufener Frist eingereichte Einsprache wird im Wege des gewöhnlichen Prozesses verhandelt werden müssen, gerade so wie wenn die Einreden zur besondern Ausführung verwiesen worden wären. Aber zweierlei Nachtheile hat die Verspätung zur Folge: es geht erstens die Vollstreckung ungehindert vor sich und der Kläger hat keine Sicherheit für den Rückersatz zu leisten, was er hätte thun müssen, wenn die Einreden rechtzeitig vorgebracht, aber zur besondern Ausführung verwiesen worden wären, Pr.O. §. 708. Würde in Folge der Einreden der früher erlassene unbedingte Befehl wieder aufgehoben, so müßte der Kläger natürlich dasjenige, was er im Vollstreckungsweg erhalten, wieder zurück erstatten; denn er hat es sine caussa erhalten. Man kann hieraus keinen Einwand gegen die hier vertheidigte Ansicht ableiten, denn dasselbe kann sich in allen Fällen ereignen, wo die Vollstreckung, ungeachtet eingelegter Rechtsmittel, statt findet. Vergl. §. 1181 und 1187 der Pr.O.

Dr. Ladenburg.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. No. 4. Mannheim, 25. Januar 1851.

I.

Entwurf

eines Leitfadens beim Zehntablösungsverfahren.

(Fortsetzung.)

2. Kapitel.

Ueberweisung und Verwaltung des Zehntablösungs-Capitals.

§. 23.

Verweisung der Pfarr- und Schulpfründe. Zehntablösungs-Capitalien.

Durch gütliche Uebereinkunft oder schiedsrichterliche oder richterliche Entscheidung festgesetzte **Zehntablösungs-Capitalien der Pfarr- u. Schulpfründen** (§. 8. Z.A.G.) und der mit Seelsorge verbundenen Kaplaneien, werden wie die Pfarr- und Schulcompetenz-Lasten-Capitalien (§. 29, No. 2; §. 30, §. 31, §. 8. Z.A.G.), entweder zu besondern Localfonds gebildet, oder sonst nutzbringend angelegt oder der Gemeinde oder der Staatskasse zur Verwaltung überwiesen (V. 1841, S. 47, Verfahren hierbei) unten §. 41, 42.

Ueber die Sicherung (Form der Pfandurkunde), Verwaltung, Verrechnung, Aufsicht, Zurücknahme, siehe V. 1839, S. 13; 1840, S. 61, 63; 1844, S. 19.

Die Zahlung der Geldrenten an die Pfarrer und Schullehrer soll von der Gemeinde in vierteljährigen Raten geschehen. (V. 1839, S. 52.)

Die Ueberweisung an die Staatskasse, wenn die Gemeinde ablehnt, geschieht nach V. 1840, S. 58.

Die Zinserhebung von katholischen Pfarrpfründablösungscapitalien bei der Amortisationskasse geschieht nach V. 1839, S. 45, 52; 1840, S. 4; 1841, S. 4.

§. 24.

Der Zehntablösungs-Capitalien überhaupt.

Die Verrechnung der Zehntablösungscapitalien überhaupt, Stellung und Abhör der Rechnung durch das Amtsrevisorat ist vorgeschrieben. V. 1841, S. 82; 1844, S. 14.

2. Titel.

Vom Lastenablösungs-Capital.

1. Kapitel.

Ermittlung des Lastenablösungs-Capitals.

§. 25.

Zehntablösung mit Lasten.

Haften privatrechtliche Lasten auf dem Zehnten, so ist der Lastenpflichtige (Zehntberechtigte) und der, welchem nach der Ablösung der Last das Lastenablösungscapital zu überweisen ist (§. 40—47 unten), vom Amt aufzufordern, nach Vorschrift des Gesetzes über Festsetzung des Lastencapitals, ein gütliches Uebereinkommen zu treffen nach Maaßgabe des §. 57 d. Z A.G. und R. 1841, S. 61, Art. 1.

I. Von den Baulasten.

§. 26.

Verfahren bei Baulasten überhaupt.

Was insbesondere auf dem Zehnten haftende Baulasten betrifft, so sind sie wieder

1) entweder für Kirchen, Pfarreien, Friedhöfe, Kaplaneien, Meßnereien oder andere Gebäude,
2) oder für Schulhäuser.

Die Baulastenberechtigten

zu 1) (wo also das Kirchspiel betheiligt ist) die Kirchengemeinderäthe oder Stiftungsvorstände. (R. 1841, S. 62, Art. 3 u. 5.)

zu 2) (die politische Gemeinde) Gemeinderath und Ausschuß

sind nun aufzufordern, eine genaue Beschreibung über den Umfang der Baupflicht nach Anleitung der §§.

14 und 40 der Instruction für die Schätzer (R. 1841, S. 62, Art. 3, S. 70 und 77) zu übergeben.

Auf Einkunft dieser Beschreibung wird durch das Amt das betreffende landesherrliche (nicht erzbischöfliche V. 1844, S. 30) Decanat, beziehungsweise die betreffende Schulvisitatur zur amtlichen Auskunft über dasjenige veranlaßt, was nach §. 2 der Instruction (R. 1841, S. 66) zu berücksichtigen ist.

§. 27.

Verschiedene Arten der Baulasten.

Die auf dem Zehnten ruhende Baulast ist

I. entweder in erster Reihe (primär) pflichtig und dann steht in zweiter Reihe
   1) entweder
      die Kirchspielsgemeinde, oder
      die politische Gemeinde
   2) oder nicht,

II. oder sie ist in zweiter Reihe (hilfsweise) pflichtig.

In beiden Fällen erstreckt sich die Baulast entweder nur auf Unterhaltung (Reparaturen) der Gebäulichkeiten oder auf den Neubau oder auf Unterhaltung und Neubau.

§. 28.

Verfahren bei einem in erster Reihe baupflichtigen Kirchenfond. Hilfsweise Baupflicht des Zehntberechtigten.

Ergibt sich aus den Lastenbeschreibungen oder Nachweisungen (§. 26 oben), daß eine sog. Kirchenfabrik, ein Heiligenfond oder eine andere zu gottesdienstlichen Bedürfnissen gewidmete Kasse in erster Reihe (der Zehntberechtigte also blos hilfsweise) baupflichtig ist, so ist vom Amt die Kreisregierung davon in Kenntniß zu setzen. (V. 1845, S. 89, §. 1.)

Untersuchung über den Umfang der Baupflicht des in erster Reihe pflichtigen Fonds.

Die Kreisregierung veranlaßt eine nähere Untersuchung,

1) in welchem Umfang die Baupflicht bisher erfüllt wurde oder zu erfüllen ist;

Hilfsweise Baupflicht einer Kirchspiels- oder politischen Gemeinde.

2) ob die Baupflicht des in erster Reihe verbindlichen Fonds auch zu solchen Baulichkeiten obliegt, für welche nicht der Zehntberechtigte, sondern
   a) die Kirchspielsgemeinde oder
   b) die politische Gemeinde
   einzustehen hat.

Das Ergebniß dieser Untersuchung wird dem Amt und durch dieses dem Kirchengemeinderath oder Stiftungsvorstand zur nachträglichen Anmeldung der Pflicht des Fonds in erster Reihe, mitgetheilt. (V. 1845, S. 89, §. 3.)

§. 29.

Umgehung der Baulastenabschätzung.

Von der Abschätzung dieser Baulasten kann Umgang genommen werden

1) wenn der Fond (§. 28) für alle Zeiten zur Deckung der bisher obgelegenen (also ihrem Umfang nach bereits ermittelten) Baulasten hinreichende Mittel besitzt, ohne auf den in zweiter Reihe Pflichtigen greifen zu müssen, und wenn die Vertreter des Kirchspiels-, beziehungsweise der politischen Gemeinde auf die ergangene amtliche Aufforderung ihrerseits auf die Fortsetzung des Baulasten-Abschätzungs- und Ablösungsverfahrens verzichten, und hierzu vom Oberkirchenrath die Zustimmung erhalten haben. (V. 1845, S. 90, §. 7.)

   In diesem Fall ist Tagfahrt nach §. 57 d. Z.A.G. anzuberaumen, wenn sonst alle Punkte, §. 16—23 und 39—60, erledigt sind (unten §. 62.)

2) wenn sich herausstellt, daß der Fond keinerlei Mittel hat, um in erster Reihe seiner Pflicht zu genügen, und der Zehntberechtigte anerkannt hat, daß kein Ueberschuß zur Deckung solcher Lasten vorhanden sei, für welche der Zehntberechtigte oder die Kirchspiels- oder politische Gemeinde hilfsweise pflichtig ist. (V. 1845, S. 90, §. 7.)

§. 30.

Untersuchung über die Kräfte des in erster Reihe pflichtigen Fonds.

Die Untersuchung der Kreisregierung (§. 28 oben) unabhängig von der oben angeordneten vorläufigen Erörterung über den Umfang der Baupflicht (des in erster Reihe pflichtigen Kirchenfonds und der hilfsweise pflichtigen Gemeinde) erstreckt sich gleichzeitig auch

1) auf die Ermittlung der Kräfte des Fonds, zur Festsetzung seines verfügbaren Ueberschusses,

Untersuchung über die Kräfte etwa vorhandener weiteren Fonds.

2) darauf, ob neben dem Fond nicht noch andere den gottesdienstlichen Bedürfnissen gewidmete Kassen vorhanden sind,

3) darauf, ob und welche Ueberschüsse diese haben. (V. 1845, S. 91, §. 8.)

Das Verfahren hierbei ist vorgeschrieben im §. 9 daselbst.

§. 31.

Ergebniß der Untersuchung über die Kräfte des in erster Reihe baupflichtigen Fonds. Verfügbarer Ueberschuß.

Das Ergebniß dieser weitern Untersuchung, nämlich die Vermögensdarstellung des verfügbaren Ueberschusses hat die Kreisregierung den Betheiligten (Stiftungsvorstand, Kirchengemeinderath, Gemeinderath und Ausschuß), so wie dem in zweiter Reihe baupflichtigen Zehntherrn mit Frist von 6 Wochen zur Erklärung zustellen zu lassen. (§. 10 das.)

Werden Berichtigungen in Antrag gebracht, so werden diese nöthigenfalls nach Einvernahme von Sachverständigen vorgenommen. Sodann werden die Acten durch das Amt dem Oberkirchenrath zur Einsicht und weitern Bemerkung mit Frist von 6 Wochen mitgetheilt und nöthigenfalls daraufhin weitere Verhandlungen gepflogen. (V. 1844, S. 15; 1845, S. 91, §. 10.)

§. 32.

Festsetzung des Baulasten-Capitals des in erster Reihe pflichtigen Fonds.

Nach Rückkunft der Akten wird sodann vom Amt durch Erkenntniß ausgesprochen, welche Mittel zur Bestreitung der Zwecklasten des in erster Reihe baupflichtigen Fonds für die Zukunft erforderlich werden und wie hoch sich demnach der Kapitalbetrag desselben herausstellt, der als verfügbarer Ueberschuß des hilfsweise Baupflichtigen, nämlich dem Zehntberechtigten und der politischen Gemeinde und beziehungsweise Kirchspielsgemeinde zu gut kommt. (§. 11 daselbst) R. 1850, S. 230.

Dieser Betrag wird sohin als das für den hilfsweise Baupflichtigen festgesetzte Baulastencapital betrachtet und nach §. 45 d. Z.A.G. von der durch Abschätzung ermittelten und capitalisirten hilfsweisen Baulast auf die im §. 9, No. 7, V. 1845, S. 93 bezeichnete Weise in Abzug gebracht.

Vertheilung unter mehrere Zehntberechtigte.

Wie es hinsichtlich der Vertheilung des verfügbaren Ueberschusses zu halten ist, wenn mehrere Zehntberechtigte vorhanden sind, die Ansprüche darauf zu machen haben, siehe §. 13—16, V. 1845, S. 93.

§. 33.

Verfahren, wenn ein in erster Reihe baupflichtiger Fond nicht vorhanden oder mittellos ist.

Ergibt sich aus der Lastenbeschreibung, daß kein kirchlicher oder anderer Fond in erster Reihe baupflichtig ist (vergl. §. 28 oben), oder ergibt sich aus der Untersuchung durch die Kreisregierung, daß der in erster Reihe pflichtige Fond keinerlei Mittel hat, um seiner Pflicht zu genügen, oder daß keine Baupflicht vorhanden ist, für welche in zweiter Reihe Kirchspiels- oder politische Gemeinden einzustehen haben, so wird vom Amt eine Doppelschrift der von den Lastenberechtigten übergebenen Beschreibung den Zehntberechtigten und Lastenberechtigten (dem Gemeinderath einer lastenberechtigten Gemeinde aber nur dann, wenn es sich nicht um die Uebernahme der Unterhaltungslast eines Friedhofs oder einer Baulast handelt, welche die Gemeinde in zweiter Reihe wegen Unzulänglichkeit zu übernehmen hat) und eine Doppelschrift der Notizen des Dekanats oder der Schulvisitatur (§. 26 oben), letztere (Doppelschrift) auch den Lastenübernehmern mitgetheilt, und Tagfahrt zur Festsetzung des Umfangs der Baulast anberaumt. (V. 1845, S. 89, §. 1.)

§. 34.

Tagfahrt zur Festsetzung des Umfangs der Baulast.

Zu dieser Tagfahrt werden beide Theile, nämlich die Lastenberechtigten (§. 19) und der Zehntberechtigte vorgeladen.

Bei Verhandlung außer Ort sind sowohl für die Vertretung der politischen als der Kirchengemeinde erwählte Vertreter aufzustellen.

Auch ist da, wo das Kirchspiel als Lastenberechtigt (betheiligt) erscheint, dem Kirchengemeinderath oder Stiftungsvorstand überlassen, den Gemeinderath und Ausschuß beizuziehen und beizuladen. (R. 1841, S. 62, Art. 5; V. 1845, S. 105.)

§. 35.

Verhandlungen in der Tagfahrt.

In der Tagfahrt findet die Erörterung der Verhältnisse, so wie insbesondere auch wegen der Baulasten, für welche kirchliche Fonds in erster Reihe pflichtig sind, statt (V. 1845, S. 99, §. 4), sofern dieser Gegenstand noch nicht erörtert ist.

Hinsichtlich dieser Baulasten (welche dem Zehntberechtigten nur hilfsweise obliegen), wird dann in der Tagfahrt ein besonderes Abschätzungsverfahren eingeleitet.

Jedenfalls hat auch der Versuch gütlichen Uebereinkommens stattzufinden.

Stellt sich erst in der Tagfahrt heraus, daß ein kirchlicher Fond in erster Reihe pflichtig ist (§. 28 oben), so ist nach der obigen Vorschrift zu verfahren und das weitere Baulastenablösungsgeschäft auszusetzen, bis die Kreis-

regierung die Untersuchung gepflogen haben wird; ebenso wenn sich diese Baupflicht erst nach dem Abschätzungsverfahren ergeben sollte. (V. 1845, S. 90, §. 5.)

Aufstellung der Baulastenschätzer.

Findet gütliches Uebereinkommen statt, so wird sofort die Wahl eines oder dreier Bauverständigen (R. 1841, S. 63, Art. 6, 9, 13, Art. 2, S. 169, 253), nach Umständen auch die Wahl eines Landwirthschaftsverständigen oder eines besondern Sachverständigen (R. 1841, S. 63, Art. 6) vorgenommen.

§. 36.

Beeidigung und Instruction der Schätzer.

Ueber die Beeidigung der Sachverständigen, Aufstellung eines Obmanns, Instruction für die Sachverständigen bei Baupflicht auf Unterhaltung oder Neubau, sowie insbesondere auch bei hilfsweiser Baupflicht, siehe §. 41—46 d. Z.A.G.; V. 1839, S. 49; R. 1841, S. 63—94; Ann. 1847, S. 324; 1849, S. 37.

Dabei vergleiche zu §. 12 der Instruction die Vervollständigung R. 1841, S. 371; zu §. 29 die Abänderung R. 1845, S. 44; zu §. 59 die Erläuterung V. 1843, S. 49; 1844, S. 22; 1845, S. 94, 110; zu §. 63 u. 71, R. 1845, S. 44.

Ueber die Gebühren der Zehntlastenabschätzer siehe V. 1841, S. 64; 1842, S. 26; 1843, S 18; über die Verbindlichkeit der aufgestellten Schätzer auch für andere Kreise oder Dienstbezirke V. 1842, S. 26; über die Sorge für alsbaldige Diätenzahlung V. 1842, S. 31.

§ 37.

Unbeanstandetes Verfahren.

Gibt es auch während des Schätzungsverfahrens keine Anstände und sind die Betheiligten auch mit der vollendeten Abschätzung einverstanden, dann wird nach §. 57 d. Z.A.G. verfahren, falls alle übrigen Punkte (§. 16—23 oben und §. 39—60 unten) des Zehntablösungsgeschäftes erledigt sind (R. 1841, S. 64, Art. 12) unten §. 62.

§. 38.

Verfahren bei Anständen.

Gibt es Anstände oder Meinungsverschiedenheiten, so sind dieselben

1) entweder solche, welche bei der Erörterung vorkommen und dem Verfahren überhaupt entgegenstehen, also z. B. die Baupflicht selbst oder das Maaß der Concurrenz verschiedener Pflichtigen oder die Notizen des Decanats oder der Bezirksschulvisitatur betreffen,
2) oder solche, welche erst während des Schätzungsverfahrens vorkommen,
3) oder solche, welche erst gegen das Ergebniß der Schätzung erhoben werden.

In allen drei Fällen ist wieder zu unterscheiden,

a) ob die Anstände von der Art sind, daß sie sich zur gerichtlichen Erledigung eignen,
b) ob sie von der im §. 21, 45 und 52 der Instruction (R. 1841, S. 72, 78, 80) bezeichneten Art sind.

In allen Fällen ist sofort gütliche Vereinbarung zu versuchen, oder wenn diese nicht gelingt

zu a) schiedsrichterlich, schlimmsten Falls gerichtlich, wo möglich mit Aufrechthaltung des Unbeanstandeten (R. 1841, S. 64, Art. 8, Absatz 3),

zu b) sonst auf geeignete Weise zu verfahren, z. B. die Entscheidung der Kreisregierung einzuholen (R. 1841, S. 72, 73, 78, 79; R. 1841, S. 63, Art. 7, 8, 9. Wegen Streit über Hand- und Fuhrdienstpflicht; Hauptreparationen, Ann. 1843, S. 67.)

Bis zur Erledigung der Anstände beruht das weitere Verfahren auf sich.

II. Von andern Lasten.

§. 39.

Ermittlung des Capitals anderer (als Bau-) Lasten.

Andere auf dem Zehnten haftende Lasten, die nicht Baulasten sind (§. 6 vergl. mit §. 25), also z. B. Competenzen für Pfarrer und Schullehrer u. s. w. werden — sofern die Partheien nicht durch gütliches Uebereinkommen den Capitalanschlag festsetzen nach § 39 u. 40 d. Z.A.G. berechnet.

2. Kapitel.

Ueberweisung und Verwaltung des Lastenablösungs-Capitals.

§. 40.

Ueberweisung und Verwaltung der Capitalien.

Sind die Lastenablösungs-Capitalien durch Vertrag oder durch schiedsrichterliche oder gerichtliche Entscheidung festgesetzt, so sind sie in Verwaltung zu geben oder zu überweisen.

Lastenablösungs-Capitalien

(einer Friedhofbaulast)

I. zur Unterhaltung eines Friedhofs gehen mit der Last zur Unterhaltung an jene Gemeinde über, welche im Fall der Unzulänglichkeit des Kapitals gesetzlich zum Beitrag verpflichtet ist. (§. 5, No. 1. Z.A.G. V. 1844, 31.)

§. 41.

II. Bei Lastenablösungs-Capitalien für Kirchen sind zu unterscheiden:
1) Kirchenbaulasten,
2) Pfarrcompetenzlasten und sonstige Kirchenrequisitenlasten;

(einer Kirchenbaulast)

zu 1) Kirchenbaulasten-Capitalien werden vom Oberkirchenrath (§. 5, No. 7. Z.A.G.; V. 1845, S. 1.),

A. nach vorherigem Benehmen mit dem Kirchengemeinderath oder Stiftungsvorstand
a) entweder als besondere Localfonds gebildet,
b) oder mit vorhandenen Kirchenfonds vereinigt;
Ueber Ernennung des Verrechners, Verwaltung und Beaufsichtigung siehe V. 1845, S. 1, §. 3—9, S. 110; über Wiederaufhebung der Vereinigung V. 1849, S. 85.

B. nach vorherigem Benehmen mit der politischen Gemeinde (V. 1845, S. 1, §. 2),
c) oder der Gemeinde überwiesen, welche in zweiter Reihe verpflichtet ist,
In diesem Fall kann die Verwaltung mit der Gemeindsrechnung verbunden werden (V. 1845, S. 2, §. 9.)
d) oder einer größern Stiftungsverwaltung;
Ueber Verwaltung und Verrechnung s. §. 9 das.

(einer Pfarrcompetenz- oder sonstigen Kirchenrequisitenlast)

zu 2) die Pfarrcompetenz- oder sonstige Kirchenrequisitenlasten-Capitalien werden vom Oberkirchenrath
a) entweder zu besondern Localfonds gebildet (§. 5, No. 2. Z.A.G.),
b) oder das Competenzlast-Capital wird sonst für die Pfründe nutzbringend verwendet, z. B. durch Ankauf von Liegenschaften, welche dem Pfarrer zum Genuß überlassen werden (§. 5, No. 3. Z.A.G.),
c) oder der politischen Gemeinde zugewiesen (§. 5, No. 4. Z.A.G.)
Ueber die Verwaltung, Sicherheitsleistung (Form der Pfandurkunde), Aufsicht und Zurücknahme siehe V. 1839, S. 52; 1840, S. 61, 63; 1841, S. 47.

§. 42.

Verfahren bei Ueberweisung einer Pfarrcompetenzlast an eine politische Gemeinde.

Das Verfahren hiebei ist:
1) Die Bekanntmachung des Oberkirchenraths an das Amt (V. 1841, S. 47, §. 2; R. 1850, S. 230.)
2) Aufforderung der Gemeinde durch das Amt §. 3 das.,
3) Erklärung des Gemeinderaths an das Amt §. 5 das.,

A. bejahende; Erfordernisse derselben §. 6 das., Mittheilung durch das Amt an den Oberkirchenrath §. 6 das,
a) ist der Oberkirchenrath einverstanden (§. 7 das.) dann weiteres Verfahren des Amts,
b) erhebt er Anstände
α) wegen der Sicherheitsleistung (§. 7 das.), dann weiteres Verfahren des Amts und Erkenntniß,
β) wegen zu hoher Umlage oder Unvermöglichkeit der Gemeinde (§. 5, No. 4 c. Z.A.G.) §. 8 das., das Amt, welches weiter zu verfahren hat, §. 8 das, erläßt das Erkenntniß;

B. ablehnende (§. 9 das),
a) auf den Grund des §. 5, No. 4 a. b. d. Z.A.G., Erfordernisse §. 9 daselbst; Mittheilung durch das Amt an die Domänenverwaltung §. 9 das., Vernehmlassung der Domänenverwaltung; Mittheilung dieser Vernehmlassung an den Oberkirchenrath und dann Erkenntniß durchs Amt;
b) auf den Grund des §. 5, No. 4 c. des Z.A.G. (Umlage.) Erforderniß dieser ablehnenden Erklärung (§. 10 das.) Mittheilung durch das Amt an die Domänen-Verwaltung zur Vernehmlassung. Diese

kann nach Umständen die Gründe widerlegen. (§. 10, 11 das.; V. 1844, S. 31.) Replik, Duplik (§. 11 das.) Erhebung einer gutächtlichen Aeußerung des Amtsrevisorats; Erkenntniß, durch das Amt, nachdem der Gemeinderath und der Oberkirchenrath vernommen ist. (R. 1841, S. 85, Art. 10.);

c) auf den Grund des §. 5, No 4 c. Z.A.G. (Unvermögenheit) Erforderniß. §. 13, V. 1841, S. 47. Mittheilung an großhrz. Domänenverwaltung zur Gegenerklärung (§. 14 das.) Auf Einkunft derselben Erhebung der gutächtlichen Aeußerung des Amtsrevisorats (§. 14 das.) Actenvorlage bei großh. Kreisregierung und nach eingeholter Aeußerung des Oberkirchenraths (§. 14 das.) Erkenntniß der Kreisregierung.

Das Erkenntniß lautet:

1) entweder auf Ueberweisung und auf Sicherheitsleistung,
2) oder auf Freisprechung der Gemeinde (§. 16, 17 das.)

§. 43.

d) (§. 41 oben) oder wenn die Ueberweisung an die Gemeinde unstatthaft ist (§. 5, No. 4, Abs. 2. Z.A.G.; V. 1840, S. 58, 59, 95; 1841, S. 47 vergl. mit R. 1834, S. 85; §. 5, No. 5. Z.A.G.) bei der Staatskasse angelegt. Verzinsung bei der Amortisationskasse R. 1848, S. 92.

§. 44.

Ueberweisung oder Verwaltung eines Schulbau- oder Lehrer-Competenz-Lasten-Capitals.

III. Bei Lastenablösungscapitalien für Schulden sind zu unterscheiden

1) Schulbaulasten,
2) Lehrercompetenz- und sonstige Schulrequisitenlasten.

Zu 1 u. 2 werden die Capitalien vom Oberkirchenrath

a) entweder zu besondern Lokalfonds gebildet (§. 5, No. 2. Z.A.G.),
b) oder das Competenzlastencapital wird auf andere Art nutzbar verwendet (§. 41, zu 2, 6, oben),
c) oder das Bau- und Competenzlastencapital wird der politischen Gemeinde überwiesen (§. 5, No. 6 u. 7. Z.A.G.) Verwaltung, Sicherheitsleistung, Verrechnung, Aufsicht, Zurücknahme. V. 1839, S. 52; 1840, S. 58, 61 und 63; 1841, S. 47; 1844, S. 31.

§. 45.

Anderer Lastencapitalien.

IV. Die Lastenablösungscapitalien

1) für andere milde Zwecke,
2) für Meßnereigehalte, werden zu besonderen Lokalfonds gebildet (§. 5, No. 2. Z.A.G.),
3) für andere Zwecke z. B. Faselviehlast, werden an Denjenigen überwiesen, zu dessen Gunsten die Last besteht (§. 6. Z.A.G.)

§. 46.

Einstweilige Lastentragung.

Bis zur erfolgten Zuweisung der Lastencapitalien werden die Lasten nach den Zehntberechtigten getragen, mag er den Zehnten noch forterheben oder den Zins vom Ablösungscapital (§. 56, Abs. 3. Z.A.G.)

§. 47.

Vollzug der Ueberweisung der Lastenablösungscapitalien.

Die Ueberweisung der ermittelten Lastenablösungscapitalien kömmt — wenn nichts anderes bestimmt ist — vom 1. Januar des Jahres in Vollzug, in welchem die Zehnterhebung zum erstenmal unterbleibt. (§. 47. Z.A.G.)

Ueber die Tilgung oder Verzinsung der Lastenablösungscapitalien siehe §. 47 und 10 des Z.A.G.

2. Abschnitt.

Verfahren im gerichtlichen Wege.

§. 48.

Hauptsächliche Gegenstände der richterlichen Entscheidung.

Wenn gütliche Uebereinkunft unter den Betheiligten nicht zu Stande kömmt, auch keine schiedsrichterliche Entscheidung beliebt wird, so tritt gerichtliches Verfahren ein.

Namentlich findet unter vorstehender Voraussetzung gerichtliche Entscheidung statt

1) wenn das Zehntbezugsrecht selbst oder dessen Umfang streitig ist (§. 72. Z.A.G.)
2) wenn das Dasein oder der Umfang auf dem Zehnten haftender privatrechtlicher Lasten bestritten ist (§. 67, 73. Z.A.G.; Ann. 1840, S. 49; 1849, S. 61, 353,
3) über die Bestimmung der verfügbaren Mittel des in 1. Reihe Baupflichtigen (§. 45. Z.A.G.),
4) über die Ansprüche von Gläubigern oder Dritten, welche an den Zehnten gemacht werden (§. 75, Abs. 2. Z.A.G.),

5) über die Entschädigung der Zehntpächter (§. 18. Z.A.G.),
6) über die Festsetzung des Zehnt- und Zehntlastenablösungscapitals (§. 9, 58. Z.A.G.),
7) über Vertheilung des Zehntablösungscapitals, wenn es zur Befriedigung sämmtlicher Lastenberechtigten nicht hinreicht (§. 7. Z.A.G.),
8) über die Bestimmung der Zahlungsfrist, wenn der Vorträger (§. 73 unten) mit der Zahlung im Rückstand bleibt (§ 16, Abs. 2. Z.A.G.)

§. 49.

Insbesondere richterliche Festsetzung des Zehnt- und Zehntlastenablösungscapitals.

Was insbesondere die Festsetzung des Zehnt und Zehntlastenablösungscapitals betrifft, so geben zum gerichtlichen Verfahren Veranlassung

1) entweder die Gemeinde oder die Vertreter der Zehntpflichtigen (§. 59 Z.A.G.) oder die Finanzbehörde (§. 21, 22 und 38 oben),
2) oder der Zehntberechtigte nach §. 60 a. E. Z.A.G.

§. 50.

Streit bei Baulastenablösung.

Bei Streit über Baulastenablösung ertheilt der Oberkirchenrath die Ermächtigung zur Prozeßführung (V. 1845, S. 4) und der Gemeinderath und Ausschuß sind zum Streit beizuladen (V. 1845, S. 105). Uebrigens richtet sich das Verfahren nach § 35—38 oben; §. 60, No. 4. Z.A.G.; vergl. mit R. 1841, S. 61, Art. 1.

§. 51.

Erste richterliche Verfügung bei Festsetzung des Zehntablösungscapitals.

Im Fall, wenn der Gemeinderath oder die Vertreter der Zehntpflichtigen die Veranlassung geben oder die Finanzbehörde, geht die richterliche Verfügung nach §. 60 des Z.A.G. an den Zehntberechtigten.

Gibt der Zehntberechtigte Veranlassung, so wird die richterliche Verfügung an den Gemeinderath oder die Vertreter erlassen (§ 61, 49 und 50. Z.A.G.; oder aber wenn es sich um Lasten handelt, an denjenigen, welchem die Lasten überwiesen werden sollen.

Urkunden.

Wegen der Urkunden, auf die der Zehnt oder der Lastenberechtigte seine Ansprüche stützt, siehe §. 61, 28, 29 des Z.A.G. und oben §. 16; Ann. 1843; S. 361.

Actenmittheilung in Urschrift an die Partien, siehe Ann. 1840, S. 301. Ueber die Befugniß des Richters, die Rechtsgiltigkeit des Verfahrens zu prüfen, wenn auf Vollzug eines Vertrags geklagt wird, siehe Ann. 1841, S. 127—130.

§. 52.

Schätzungsverfahren.

Ist auf die richterliche Verfügung die Erklärung des Berechtigten nicht eingekommen oder ist im andern Fall die Erklärung des Gemeinderaths oder der Vertreter eingelangt, und nach Lage der Verhandlungen eine Abschätzung nothwendig, so sind vom Richter

1) Schätzer zu ernennen (§. 63. Z.A.G.), bei Baulasten siehe R. 1841, S. 61; sodann ist
2) Tagfahrt zur Ueberweisung der Schätzer und zur Erhebung deren Gutachten nach §. 64 b. Z.A.G.; bei Baulasten nach R. 1841, S. 61 und folg. anzuberaumen.

§. 53.

Ueber das Verfahren der Schätzer siehe §. 64. Z.A.G.; und bei Baulasten R. 1841, S. 65—94. Ann. 1847, S. 324.

§. 54.

Abschätzungsoperat. Mittheilungen an die Partien.

Das von den Schätzern eingekommene Gutachten wird den Partien zur Erklärung mitgetheilt §. 65. Z.A.G.); nöthigenfalls eine Vervollständigung vorgenommen.

§. 55.

An die Finanzbehörde.

Läßt die Staatsgüterverwaltung nicht selbst ab, so ist jedenfalls auch der Domänenverwaltung das Abschätzungsgeschäft mit Frist nach §. 65 des Z.A.G. mitzutheilen.

§. 56.

Beiziehung eines Sachverständigen von Amtswegen.

Der Richter ist befugt, vor Erlassung des Urtheils auch noch einen Sachverständigen zum Gutachten aufzufordern (§. 69. Z.A.G.; R. 1834, S. 85, Art. 9.)

§. 57.

Urtheilseröffnung.

Das gerichtliche Urtheil ist den Partien, der Domänenverwaltung und der Hofdomänenkammer in Ausfertigung mitzutheilen. (§. 65. Z.A.G.; R. 1844, S. 97; Ann. 1844, S. 39, 227; 1847, S. 324.)

§. 58.

Appellation.

Ueber die Appellation mit ihren eigenthümlichen Fristen, siehe §. 66. Z.A.G.; über die Kosten einer neuen Abschätzung siehe Ann. 1849, S. 37; Adhäsion Ann. 1843, S. 219; Verfallenerklärung Ann. 1847, 324. Unrichtige

Appellationsbelehrung Ann. 1847, 320. Oberappellationssumme Ann. 1849, S. 107.

§. 59.

Erlöschen des Rechtsstreits.

Ueber das Erlöschenlassen des Rechtsstreits oder über Verzicht auf denselben und die Folgen, siehe V. 1844, S. 94, §. 3.

§. 60.

Verfahren nach eingetretener Rechtskraft.

Nach eingetretener Rechtskraft ist vom Bezirksamt als Administrativbehörde — falls die Punkte, §. 17, Abs. 5 u. §. 25—48 oben, alle erledigt sind, nach §. 18, Abs. 2 oben zu verfahren, sonst aber die Erledigung des noch Ausstehenden herbeizuführen (§. 68, 57, 56. Z.A.G.)

3. Abschnitt.

Von den Folgen der Ablösung.

§. 61.

Aufhören des Zehntbezugs.

Der Zehntbezug durch den Zehntberechtigten hört mit der Genehmigung der gütlichen Uebereinkunft oder mit der rechtskräftigen richterlichen Entscheidung auf (§. 9, 55, 56, 68. Z.A.G.) vergl. §. 22 oben.

Verzinsung des Ablösungs-Capitals.

Wenn die Zehntentrichtung eingestellt ist, so tritt die einstweilige Verzinsung des Ablösungscapitals ein, §. 10, 56, 68. Z.A.G.; Ann. 1841, S. 130. Keine höhere Steuer wegen Zehntfreiheit, 16 Jahre lang vom Aufhören des Zehntbezugs an (§. 19. Z.A.G.)

Rückvergütung der bereits bezahlten Gemeindeumlagen an die Zehntberechtigten, V. 1839, S. 8.

4. Abschnitt.

Von der Schlußtagfahrt nach §. 57 des Zehntablösungs-Gesetzes.

§. 62.

Tagfahrt nach §. 57 des Zehntablösungs-Gesetzes.

Sind alle nach dem bisherigen Verfahren bezeichneten Punkte durch genehmigte Verträge oder richterliche Urtheile geordnet und entschieden (siehe namentlich §. 17, Abs. 5; §. 18, 29, 37 oben) und beziehungsweise durch Erkenntnisse der Kreisregierung und Verfügung des Oberkirchenraths bestimmt, so wird nunmehr Tagfahrt auf den Grund des §. 57 d. Z.A.G. vom Amt anberaumt.

§. 63.

Vorladung.

Zu dieser Tagfahrt werden die Partien, nämlich die Zehntberechtigten und die Pflichtigen, also je nach dem vorliegenden Fall der betreffende Pfarrer, Schullehrer, der Kirchengemeinderath, der Stiftungsvorstand, der Gemeinderath und Ausschuß und die Vertreter der Zehntpflichtigen, so wie der betreffende Domänenverwalter (Obereinnehmer) vorgeladen.

§. 64.

Verhandlung in dieser Tagfahrt.

In dieser Tagfahrt wird das Gesammtergebniß der gepflogenen Verhandlungen vorgelegt und namentlich auch darüber Rücksprache genommen, wie nunmehr auf den Grund dieser Verhandlungen das Ablösungscapital unter die Zehntberechtigten, die Lastenübernehmer und Dritte zu vertheilen ist.

Das Gesammtergebniß der Verhandlungen, so wie das Ergebniß der Vertheilung wird zu Protokoll genommen und werden in demselben namentlich die abgeschlossenen Verträge oder Urtheile über Festsetzung des Zehntablösungscapitals, über die Festsetzung der Competenz der Bau- und anderer Lasten unter Anführung des Tags dieser Urkunden, der Summen, die sie festsetzen und des Tags der Genehmigung der Hofdomänenkammer, des Oberkirchenraths, der Kreisregierung, des Gemeinderaths und Ausschusses, so wie die Bemerkung aufgenommen, wenn sich keine Gläubiger oder dritte Berechtigte gemeldet haben.

Das Protocoll hat ferner zu erwähnen, ob die Pfarr- und Schulcompetenzcapitalien und die Bau- und andere Lastencapitalien zu besondern Fonds gebildet oder sonst nutzbringend angelegt oder wenn sie (mit der Last) überwiesen worden sind; von wann an das Zehntablösungscapital verzinst wird, welche Lasten einstweilen der Zehntberechtigte bestritten hat, ferner in welcher Weise, nämlich in welchen Zielern die Abzahlung des Ablösungscapitals erfolgen soll (§. 68 unten.)

(Ueber die Ausscheidung der eigenen Zehntberechtigten Güter der Pfarrei vom Ablösungscapital hinsichtlich der Ermittlung des Staatszuschusses, siehe Ann. 1843, S. 219.)

Das Protocoll wird von den darin aufgeführten Anwesenden unterzeichnet.

§. 65.

Einholung des Gutheißens der Hofdomänenkammer.

Nach abgehaltener Tagfahrt wird der Domänenverwaltung oder unmittelbar der großh. Hofdomänenkammer eine Abschrift des Protokolls zum Gutheißen mitgetheilt.

(Schluß folgt.)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. No. 5. Mannheim, 1. Februar 1851.

I.

Entwurf

eines Leitfadens beim Zehntablösungsverfahren.

(Schluß.)

5. Abschnitt.

Von der Ausfertigung der Zehntablösungsurkunde.

§. 66.

Ausfertigung der Zehntablösungsurkunde durch das Amtsrevisorat.

Nach ertheiltem Gutheißen wird das Protokoll mit sämmtlichen Acten dem großh. Amtsrevisorat zur förmlichen Ausfertigung der Gesammtverhandlung (zur Fertigung der öffentlichen Urkunde) mitgetheilt. (§. 57 u. 68. Z.A.G.)

Das Amtsrevisorat wird eine Ausfertigung dem Zehntberechtigten, eine andere den Zehntpflichtigen und beglaubigte Auszüge den übrigen Betheiligten zustellen und dem Amt hievon Nachricht geben.

Die Acten über die Zehntablösungsverhandlungen werden vom Amtsrevisorat aufbewahrt. Instruction für die Amtsrevisorate R. 1837, S. 38; B. 1842, S. 30 u. 43.

§. 67.

Ausfertigung vor endlicher Erledigung aller Streitpunkte.

Die Ausfertigung der Urkunde kann übrigens auch schon angeordnet werden, ehe alle über die Ablösung des Zehnten oder der Zehntlasten bestehenden Streitpunkte endlich erledigt sind. Namentlich z. B. im Fall des §. 76, Abs. 2. Z.A.G.; B. 1846, S. 67.

2. Abtheilung.

Von der Zahlung oder Hinterlegung des Zehntablösungscapitals.

§. 68.

Auszahlung des Ablösungscapitals.

Die Abzahlung des Ablösungscapitals (§. 11, 56, 68. Z.A.G.) an den Zehntberechtigten oder dritte Empfänger findet erst nach vorgängiger förmlicher Ausfertigung der Ablösungsurkunde durch das Amtsrevisorat und Aushändigung an die Partien statt. Fünf Zieler, keines unter 1000 fl.

Hinterlegung.

Die Auszahlung findet nicht statt, sondern blos Hinterlegung, wenn ein Beschlag angelegt worden ist (§. 76. Z.A.G.)

Eben so findet die Hinterlegung statt bei eingetragenen dinglichen Rechten Dritter (§. 77. Z.A.G.), wenn die Sache nicht sonst gütlich erledigt ist.

Hinsichtlich der Verabfolgung des Ablösungscapitals, dessen Zehntbezugsrecht selbst oder dessen Umfang bestritten ist, siehe §. 72. Z.A.G.

Vorzugsrecht.

Erstes Vorzugrecht des Ablösungscapitals (§. 15, a. E. Z.A.G.) Wiedereintritt der Zehnterhebung im Fall eines Zahlungsrückstandes (§. 16, Abs. 2. Z.A.G.)

3. Abtheilung.

Vom Staatszuschuß.

§. 69.

Voraussetzungen der Zahlung des Staatszuschusses.

Zur Beförderung der Zehntablösung übernimmt die Staatskasse $^{1}/_{5}$ des Ablösungscapitals und entrichtet diese Summe, sobald die Zehntpflichtigen die Ablösungsurkunde der Finanzbehörde vorgelegt und den zum Empfang der Zahlung Bevollmächtigten (B. 1844, S. 96) bezeichnet haben, mit Zins und Zinseszins zu 4% vom 1. Januar 1834 bis zum Zahlungstage. Geschieht jene Vorlage und Bezeichnung nach dem 1. Januar 1844, so werden jedoch Zins und Zinseszins nur bis zu diesem Tag berechnet (§. 12, 6, 8. Z.A.G.; R. 1836, S. 243; R. 1844, S. 134; B. 1844, S. 94; 1845, S. 31.)

Ausscheidung der eigenen Güter der zehntberechtigten Pfarrei vom Ablösungscapital bei Berechnung des Staats-

zuschusses, Ann. 1843, S. 219. Bei ruhendem Zehntrecht kein Staatszuschuß, Ann. 1844, S. 26.

Der Staatszuschuß, den Zins mit eingeschlossen, ist sogleich nach Empfang als erste Zahlung zu verwenden, §. 68. Z.A.G.

§. 70.

Vorläufige Auszahlung.

Der Staatszuschuß und das Darlehen aus der Zehntschuldentilgungscasse (§. 76 unten) kann auch schon auf bloße Vorlage des Privatvertrags und Vereinbarung der Zehntberechtigten, Zehntpflichtigen und Lastenberechtigten geschehen (V. 1845, S. 31). Demungeachtet hat die Vorlage der öffentlichen Urkunde in der Folge zu geschehen (No. 2 das.)

§. 71.

Verfahren bei Abzahlung des Ablösungscapitals. Zahlung des Staatszuschusses.

Bei Abzahlung des Ablösungscapitals oder des Staatszuschusses oder Aufnahme eines Capitals bei der Zehntschuldentilgungscasse wird verfahren wie folgt:

Die Zehntpflichtigen und die Finanzbehörde haben eine Eingabe an das Amt zu machen. (Erfordernisse, V. 1845, S. 31, No 3, a.) Das Amt stellt sie dem Zehntberechtigten zur Erklärung zu. Fällt die Erklärung

1) verneinend aus, so beruht das Verfahren auf sich und werden die veranlassenden Partien benachrichtigt. (No. 3, 6 das.)
2) zustimmend aus, so werden die Acten an den Lastenberechtigten zur Beitrittserklärung gegeben.

   Stimmt er zu, so sind die weitern Schritte zum Vollzug zu thun.

   Stimmt er nicht zu, so ist wie unter No. 1 zu verfahren.

   Bei Kirchen-, Pfarr- und Schulzehnten haben sich die Kirchengemeinderäthe, Stiftungsvorstände und der Oberkirchenrath zu erklären. (No. 3 das.)

4. Abtheilung.

Von der Aufbringung des Ablösungs-Capitals.

§. 72.

Beitrag der Zehntpflichtigen zur Bestreitung des Ablösungscapitals.

Zur Aufbringung der weiteren $^4/_5$ des Ablösungscapitals haben die Besitzer der zehntpflichtigen Güter die erforderlichen Summen beizutragen.

Sie können sie von der zu diesem Behufe gegründeten Zehntschuldentilgungscasse entlehnen. (§. 13. Z.A.G.)

§. 73.

Verfahren zur Aufbringung der Deckungsmittel.

Nachdem das Ablösungscapital in Bezug auf die Zehntpflichtigen endgültig festgesetzt ist, hat der Bürgermeister die Zehntpflichtigen, beziehungsweise deren Vertreter zu versammeln und sie zur Entscheidung über folgende Punkte zu veranlassen:

1) auf welche Weise das erforderliche Capital aufgebracht und der Berechtigte, beziehungsweise Lastenübernehmer befriedigt werden soll;
2) welche Norm zur Aufbringung der Beiträge der Pflichtigen angenommen wird, nämlich
   A. was durch freiwillige Uebereinkunft Aller beschlossen wird (§. 4. Z.A.G.),
   B. oder ob der Zehnte forthin eingesammelt werden soll. Dieses findet jedoch nur statt, wenn sich nicht mehr als die Hälfte der Zehntpflichtigen, welche nach dem Steueranschlag mindestens $^2/_3$ der zehntpflichtigen Güter besitzen, dagegen erklären (§. 14. Z.A.G.),
   C. oder ob nach §. 15 des Z.A.G. verfahren werden soll.

   Verfahren nach §. 15 des Z.A.G.

   In allen diesen Fällen treten die Gemeinde, wenn sie ablöst, die Anzahl der ablösenden Zehntpflichtigen in die Rechte des Zehntbeziehers oder der Gesammtheit (§. 26. Z.A.G.),
3) im Fall unter A und C Sachverständige zu ernennen, welche die Vertheilung des Kapitalbetrags der Pflichtigen nach dem gewählten oder nach dem im §. 15 des Z.A.G. vorgeschriebenen Repartitionsfuße besorgen,
4) die Vorträger zu bestellen (§. 74, No 4. Z.A.G.)

§. 74.

Vorträger.

Die Vorträger sind amtlich zu verpflichten (§. 11. Z.A.G.) Sie beziehen die in V. 1843, S. 51 bestimmte Gebühr. Sie führen die Verhandlungen wegen der Capitalaufnahme, leisten die Zahlungen, erheben die Beiträge von den Pflichtigen und legen alljährlich Rechnung ab (§. 71, No 4. Z.A.G.) Das Verfahren der Vorträger gegen die Pflichtigen und das Verfahren des Zehntberechtigten gegen die Vorträger ist im §. 16 des Z.A.G. bestimmt.

§. 75.

Gemeindszehntschuldentilgungswesen.

Beschließt die Gemeinde die Aufnahme eines Capitals

bei der Zehntschuldentilgungscasse (§. 13, 78. Z.A.G.; R. 1836, S. 231; 1839, S. 186; 1840, S. 165; 1850, S. 16) so bedarf sie die Ermächtigung der Staatsbehörde (V. 1838, S. 27; 1839, S. 25.)

Die Zehntschuldentilgungsrechnungen der Gemeinde sind durch das Amtsrevisorat zu prüfen (V. 1843, S. 68.)

Wenn die Pflichtigen selbst ablösen, so hat das Amtsrevisorat nur auf Antrag die Beaufsichtigung und Prüfung der Zehntrechnung vorzunehmen (V. 1844, S. 14; siehe jedoch V. 1850, S. 69.)

Ueber den Stand der Zehntschuldentilgungsangelegenheiten sind bei den Aemtern Tabellen zu führen (V. 1843, S. 68; 1839, 25.)

Bei Tilgung des auf einer Schulpfründe haftenden Zehntablösungscapitals ist die Vorschrift im V. 1839, S. 12, maaßgebend.

5. Abtheilung.

Von der Zehntschuldentilgungscasse des Staats.

§. 76.

Staatszehntschuldentilgungscasse.

Die Bestimmungen über die Zehntschuldentilgungscasse sind im §. 13, 78—82 des Z.A.G.; R. 1836, S. 231; 1839, S. 182; 1850, S. 16 enthalten; siehe auch oben §. 71.

Vorzugsrecht der darleihenden Zehntschuldentilgungscasse §. 16 und 79 a. E. d. Z.A.G.

II.

Intervention der Gläubiger bei Vermögens-Absonderungen.

Landrechtssatz 1447 räumt den Gläubigern das Recht ein:

1) nach Beendigung des zwischen der Frau und dem Manne gepflogenen Rechtsstreits über eine von jener begehrte Vermögensabsonderung die zum Nachtheile der Rechte der Gläubiger ausgesprochene und selbst die vollzogene Absonderung anzufechten;
2) auch schon vor Beendigung des Prozesses zwischen Frau und Mann zu interveniren.

Die Bedeutung dieser letztern Art von Intervention geben die Ausleger des französischen Textes dahin an:

„afin de prouver, que les périls allegués par la femme sont exagérés, et qu'elle ne court point de risque pour ses droits et reprises.“

Troplong du contrat de mariage Nr. 1398.

Hiernach wäre im französischen Rechte die rechtliche Stellung der Gläubiger der klagenden Frau gegenüber eine im Wesentlichen gleiche, mag von jenen erst nach Beendigung des Absonderungsverfahrens die Anfechtungsklage erhoben oder im Laufe dieses Verfahrens schon intervenirt werden. Denn, so wie die Gläubiger im erstern Falle die Gründe ihrer Anfechtung dem Richter umständlich vortragen und beweisen und insbesondere den Richter überzeugen müssen, daß durch Vollzug der Absonderung den Gläubigern nicht blos ein Vortheil entgeht, sondern ein Recht derselben wirklich verletzt wird, sei es, daß überall kein genügender Grund zum Absonderungsbegehren vorlag, oder daß beim Absonderungsverfahren eine Collusion zwischen der Frau und dem Manne zu dem Zwecke der Uebervortheilung der Gläubiger eintrat; — so haben die Letztern im zweiten Falle ebenso darzuthun, daß durch die erst noch in Aussicht stehende Absonderung eine solche rechtswidrige Uebervortheilung bezweckt werde, oder daß das Absonderungsgesuch durch keinen gesetzlichen Grund gerechtfertigt sei.

Als das französische Gesetzbuch für das Großherzogthum Baden bearbeitet wurde, war es nun nicht die Absicht unserer Gesetzgebung dem Originale eine Anwendung in anderm Sinne zu geben.

Brauer behandelt in seinen Erläuterungen zum L.R.S. 1447 namentlich beide Befugnisse der Gläubiger als ein und dasselbe Recht (dessen Ausübung nur in verschiedene Stadien eines zwischen Andern im Laufe noch befindlichen oder befindlich gewesenen Rechtsstreits fallen kann.) Er sagt ganz allgemein und ohne zwischen beiden Fällen zu unterscheiden:

„Die Gläubiger haben Anfechtungsrechte. Aber sie können die Absonderung nicht blos darum anfechten, weil sie ihnen Hoffnungen benimmt; sondern wenn sie zu ihrem Nachtheil erkannt ist: d. h. wenn die gesetzmäßig erlaubten Zwecke der Ehefrau, ihr Vermögen aus einer Gefahr zu retten, noch auf einem andern Wege erreicht werden könnten, auf welchem ein Theil an den Forderungen der Gläubiger zu retten wäre, oder wenn absichtliche Künste zu ihrer Vervortheilung dabei unterliefen.“

Da der Uebersetzer in seinem Commentar insbesondere

darüber keinen Aufschluß giebt, warum er das Schlußwort des französischen Artikels „contester“ mit „widersprechen“ übertragen hat, so darf man auch daraus schließen, daß er den letztern Ausdruck in keinem andern Sinne, als dem des Textes, genommen haben wollte. Er würde sich gewiß darüber ausgesprochen haben, wenn es seine Absicht gewesen wäre, durch die statuirte Befugniß, zu „widersprechen“, die Gläubiger in die Stellung zu versetzen, welche im Civilprocesse ein Beklagter einnimmt, der in der Vernehmlassung sich auf ein einfaches Widersprechen, d. h. ein bloses Abläugnen der von seinem Gegner geltend gemachten Behauptungen beschränken kann.

Wenn sich nun aber in dem badischen Gesetz-Operate die Absicht nicht erkennen läßt, bei den in Baden vorkommenden Vermögensabsonderungen die Gläubiger in Vergleich mit deren Stellung bei den Vermögensabsonderungen in Frankreich zu begünstigen, so muß man annehmen, daß dort unter dem, den Gläubigern gestatteten Widerspruche ebenso, wie nach dem Texte, eine förmliche Einsprache zu verstehen sei; ein Bestreiten des Begehrens der Frau, verbunden mit selbstständiger Begründung und, soweit nöthig, dem Beweise darüber, daß bei Willfahrung des Gesuchs der Frau nicht ein Recht dieser gesichert, vielmehr eine gesetzwidrige Benachtheiligung des Interesses der Gläubiger von Seite der Frau allein, oder von dieser im Einverständnisse mit ihrem Manne, erzielt werde.

Der einzige Unterschied zwischen jenen beiden Acten des Auftretens der Gläubiger besteht alsdann nur in dem Zeitpunkte, in welchem Solches statt findet und die zweitgedachte Befugniß enthält nur insoweit einen Vortheil der Gläubiger, als das Gesetz ihnen nicht zumuthet, immer mit Verfolgung ihrer etwa bedrohten Rechte so lange zuzuwarten, bis das Verfahren zwischen den Gatten seine Erledigung gefunden hat, wenn sie es für dienlicher halten, schon früher einzuschreiten; — sowie es denn auch zu Vereinfachung der Sache gereichen mag, wenn die Intervention schon im Laufe des Verfahrens zwischen den Gatten erfolgt.

Diese Grundsätze hat das großherzogliche Oberhofgericht in einem Rechtsfalle zur Anwendung gebracht, in welchem ein intervenirender Gläubiger, nachdem der beklagte Ehemann unterlassen hatte, auf das Absonderungsgesuch zu antworten, außer den auf den Legitimationspunkt (d. h. die Eigenschaft eines Gläubigers) bezüglichen Thatsachen, nichts weiter vortrug, als

„daß er alle der Klage zu Grunde gelegten Thatsachen widerspreche.“

Zusatz.

Es könnte sich behaupten lassen, daß eine Einmischung der Gläubiger in den zwischen Ehegatten anhängig gewordenen Absonderungsprozeß, vom Standpunkte unserer Civilprozeßordnung aus betrachtet, nur in der Form einer Hauptintervention zulässig sei. Die Gläubiger verfolgen nämlich in dem gedachten Falle immer insoweit selbstständige Rechte, als sie ihre Legitimation darauf gründen, daß sie Ansprüche an den Mann oder die Ehegemeinschaft zu machen haben, welche aufgelöst werden soll und als sie durch die Einmischung bezwecken wollen, der Frau, welche durch das Begehren der Absonderung ihres Vermögens von dem des Mannes bezüglich auf dieses Vermögen ebenfalls als Gläubigerin des Mannes sich darstellt, die zu ihrer Befriedigung erforderlichen Vermögenstheile ganz oder theilweise zu entziehen; jedoch nicht zum Vortheile des beklagten Mannes, sondern um eben dieselben Vermögenstheile in der Folge zu ihrem, der einsprechenden Gläubiger, Nutzen (zu Befriedigung ihrer Forderungen an den Mann oder die Gemeinschaft) verwendet zu sehen.

Eine auf solche Verhältnisse gegründete Einmischung entspricht aber vollkommen dem, was in §. 100 der Pr.-O. als das Wesen einer Hauptintervention bezeichnet wird, wenn der intervenirende Gläubiger zunächst auch nur der Frau allein gegenübertritt, um die Zurückweisung ihres Gesuchs zu erwirken.

R.

III.

Klagrecht des Waarenversenders gegen den Fuhrmann. Haftbarkeit der Dampfschifffahrts-Gesellschaften für die Aufbewahrung und Erhaltung der ihnen anvertrauten Waaren.

In den Annalen 1851, S. 4 angeführten Rechtsfall wurde der Klage die Einrede der mangelnden Aktivlegitimation entgegengehalten. Das großh. Hof-

gericht des Unterrheinkreises hat dieselbe aus folgenden, vom großh. Oberhofgerichte bestätigten, Gründen verworfen:

Es ist unter den Partien nicht streitig, daß die klägerischen Handlungshäuser es waren, welche dem Vertreter der beklagten Gesellschaft die nachher durch Diebstahl in Verlust gekommenen Waaren zur Verschiffung übergeben haben und die Beklagte hat auch nicht behauptet, daß bei dem Abschlusse des Geschäfts die Kläger als Gewalthaber dritter Personen aufgetreten seien, oder diese ihr als ihre Gewaltgeber oder als Eigenthümer der Waaren genannt hätten. Unter diesen Verhältnissen waren es die Kläger, welche der Beklagten gegenüber als in eigenem Namen den Vertrag abschließend zu betrachten sind, und ebenso, wie sie selbst und nicht dritte Personen die daraus entspringenden Verbindlichkeiten gegen die Beklagte zu erfüllen hatten, so stehen ihnen und nicht Dritten auch die aus dem Vertrage entspringenden Rechte gegen die Beklagte zu. Daß die Kläger in der That bei jenem Geschäfte nicht eigene Waaren verschickt haben und daß sie in dieser Hinsicht als Versender mit Dritten in einem Vertragsverhältnisse standen, welche, wie im Speditionshandel gewöhnlich, bei dem Geschäfte mit der Beklagten nicht genannt wurden und nicht genannt werden mußten, ist etwas für das Verhältniß der Kläger zu der Beklagten durchaus Unerhebliches, da es in dem Vertrage zwischen den Klägern und der Beklagten nicht Gegenstand der Beredung der Contrahenten war, und aus demselben Grund als eine Sache unter Dritten erscheint, auf welche sich die Beklagte nicht berufen kann. L.R.S. 1165. Ebendeßhalb ist es auch von keiner Erheblichkeit, daß Beklagte aus den ihr von den Klägern mitgetheilten Facturen ersehen hat, für welche dritte Personen diese als Versender thätig waren, da selbst ein Zugeständniß der Kläger, daß sie die Spedition für Dritte unternommen haben, deren Befugnisse, wie sie aus dem Vertrage mit der Beklagten entstanden, nicht aufzuheben vermag.

Die Kläger sind demnach, wenn sie aus diesem Vertrage klagen, aktiv zur Sache legitimirt.

Diese Entscheidungsgründe scheinen dem Einsender unstichhaltig zu sein, was in folgender Andeutung nachzuweisen versucht werden soll.

1. Die Klage, mit der der Ersatz des Werths der gestohlenen Waaren begehrt wurde, war eine Schadensersatzklage, und erforderte zu ihrer Begründung die Thatsache eines durch die Kläger erlittenen Schadens, wie es überhaupt kein Klagrecht ohne das Vorhandensein eines rechtlichen Interesses gibt. — Eine Beschädigung der Kläger wurde weder behauptet noch nachgewiesen. Die Waaren sind ihnen nicht zu Grund gegangen, H.R.S. 100; sie haben den Werth derselben den Eigenthümern nicht ersetzen müssen, noch auch (ohne Urtheil) ersetzt; ja sie haben nicht einmal eine Schadensersatzklage zu irgend einer Zeit zu besorgen gehabt, da (wenigstens auf den Versender) der L.R.S. 1782 nicht zur Anwendung kommt. H.R.S. 98 und es war jedenfalls eine Schadensersatzklage der Eigenthümer gegen die Versender vor Einreichung der Einlassung, oder doch vor Fällung des ersten Urtheils, verjährt. H.R.S. 106.

Die Entscheidungsgründe widerlegen diese Beanstandung mit Uebergehen.

2. Die Versender sind bloße Gewalthaber der Absender oder Besteller, und den Gewalthabern gibt unser Recht keine Klage gegen den Dritten. Zach. §. 415. Troplong mandat No. 516. Daß die Kläger bloße Versender waren, haben sie unter Angabe ihrer Gewaltgeber und unter einer ausführlichen Geschichtserzählung dieses Auftragsverhältnisses der Beklagten vor Anstellung der Klage in der Klage selbst und vor der Einlassung durch die Vorlage der Facturen mitgetheilt, und diese Mittheilung mußte erfolgen, da der Verlust der Waaren und deren Werth nur durch die Facturen nachgewiesen werden konnten. In dem Augenblick und somit vor Anstellung der Klage als die Beklagte Nachricht erhielt, daß die Kläger bloße Gewalthaber und wer die Gewaltgeber waren, waren die Letzteren klagberechtigt, O.H.G.-Jahrb. 1845, 513, und erlosch damit das Klagrecht der Ersteren Dalloz J. d. P. 26, 1, 308; wie überhaupt niemand aus demselben Rechtsverhältnisse verschiedenen Personen selbstständig verschiedene Rechenschaft schuldig sein kann.

Das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises hat ferner in Uebereinstimmung mit dem großh. Stadtamt Mannheim und mit späterer Adoption des großh. Oberhofgerichts, in diesem Rechtsfall angenommen, daß auf die Dampfschifffahrtsgesellschaften der L.R.S. 1782 und somit die L.R.S. 1153 u. 1154 anwendbar seien, und daß ein von mehreren Personen durch Einbruch mit Brechwerkzeugen und Nachts verübter Diebstahl weder ein mit Uebermacht noch ein mit gewaffneter Hand verübter Dieb-

stahl sei, da unter Ersterem nur ein mit Anwendung körperlicher Gewalt gegen Personen und unter Letzterem nur ein mit solchen Werkzeugen verübter Diebstahl verstanden werden könne, welche ihrer gewöhnlichen Bestimmung nach zum Angriff oder zur Vertheidigung dienen sollen.

Einsender hält auch diese Ansicht für unrichtig.

1. Der L.R.S. 1782 hat den Schiffer, Capitaine, im Auge, vergl. §. 27, § 3, Abs. 5, §. 42 der Rheinschifffahrts Conv., Art. 230, C. d. comm., während die Dampfschifffahrtsgesellschaft der Schiffsherr ist, der nur für die custodia des Kommissionärs haftet.

Wenn es nämlich nach dem Urtext des C. c. auch zweifelhaft ist, ob der Art. 1782 nur bezüglich öffentlich rechtlicher Anordnungen auf besondere Bestimmungen hinweist, Troplong louage No. 916, ist doch bei uns durch die im Schlußsatz des L.R.S. 1786 enthaltene Hinweisung auf das H.R. unzweifelhaft ausgesprochen, daß die im L.R.S. 1786 genannten Personen nach den hinsichtlich der Kommissionäres geltenden Vorschriften behandelt werden sollen. L.R.S. 1786, H.R.S. 92, L.R.S. 1991 ff., H.R.S. 98 coll. 103, 107.

2. Die Wissenschaft und die Gerichte haben in Frankreich ziemlich übereinstimmend nicht nur den Diebstahl mit Einbruch, sondern selbst jenen mit falschen Schlüsseln und Einsteigen als force majeure im Sinne des L.R.S. 1954 C. c. erkannt, und es darf als ein Seitenstück zu unseren Bestimmungen über die Nothwehr betrachtet werden, wenn man von einem sorgsamen Hausvater auch noch verlangt, daß er die in steinernen, den Thorwachen gegenüber liegenden (Staats-) Lagerhäusern unter Schloß und Riegel verwahrten Waaren besonders bewachen und folgeweise wohl auch die Aufmerksamkeit des Wächters wieder weiter überwachen lassen müsse.

Sirey III. 2 475, Maleville adart 1954 C. c.

Dalloz Impr. d. XIX, S. Bruxelles 1828.

IX. J. p. 77, IV. J. p. 434. Magnard. Laroche. Seroes. (ib. cit.)

Brauer III. 685.

Ueberdieß dürfte es unrichtig sein, wenn man den im L.R.S. 1954 erwähnten Diebstahl „mit gewaffneter Hand“ für gleichbedeutend hält mit einem „durch Waffen“ (§. 74 d. St.G.) entstandenen gefährlichen Diebstahl.

Der Strafgesetzgeber, von einem subjectiven Criterium ausgehend, fand einen Erschwerungsgrund darin, wenn der Dieb bei Ausübung des Diebstahls Waffen trug, weil sich ihm die Intensität des Willens des Thäters und seine Gefährlichkeit daraus kund gibt. §. 74. St.Gb. No. 381, 581 des St.R., Art. 381 C. p., während der Civilgesetzgeber lediglich von einem objektiven Criterium ausgehend, nur in Betracht zieht, ob der Diebstahl bei Beobachtung der custodia eines dil. patr. fam. verhütet werden konnte.

Der Strafrichter wird daher einen in Waffen am hellen Tag in offenem Hause verübten Diebstahl als einen gefährlichen Diebstahl behandeln, während der Civilrichter keinen mit gewaffneter Hand verübten und den Aufbewahrer von der Verantwortlichkeit befreienden Diebstahl darin finden wird, wenn am Mittag in dem offen und unbewacht gewesenen Magazine eines Depositars von einem bewaffneten Diebe unbemerkt gestohlen werden konnte.

Der „mit gewaffneter Hand“ »avec force armée« verübte Diebstahl ist nicht der „durch Waffen“ von „Bewaffneten“ »porteurs d'armes« Art. 381 C. p. verübte Diebstahl. So wenig unser Strafedict den von Bewaffneten verübten Diebstahl einen mit gewaffneter Hand verübten Diebstahl nennt, so wenig die mit Waffen versehene Hand bei uns eine „gewaffnete“ genannt wird, so wenig bezeichnet der code penal an irgend einer Stelle den von bewaffneten Dieben verübten Diebstahl als einen vol fait avec force armée Art. 381 squ. C. p. oder wird überhaupt in Frankreich eine bewaffnete Hand oder Waffengewalt mit »force armée« bezeichnet.

Unter force armée, womit gewöhnlich ein Executions-Corps bezeichnet wird, kann auch nur die verstärkte Menschenkraft im Gegensatz der natürlichen (vergl. die Art. »force und armée« in dem Dict. de l'acad. franc.) verstanden werden und es ging somit der Civilgesetzgeber bei dem Begriff seines vol fait avec force armée, von dem im Strafrecht keine Spur zu finden ist, von der Ansicht aus, daß ein dil. patr. fam. sich gegen einen durch die natürliche — mit nichts (Brechwerkzeugen, Leitern, Schlüsseln) unterstützte oder verstärkte — Menschenkraft verübten Diebstahl schützen könne, daß aber, wie auch die Erfahrung aller Länder zu allen Zeiten gezeigt hat, kein Mensch mit aller noch vernünftigen Sorgfalt sich gegen mit verstärkter Menschenkraft verübte Diebstähle sichern könne. Fy.

IV.

Ueber den Umfang und Gegenstand der Anschließung.

Die Statthaftigkeit der Appellation bildet die rechtliche Voraussetzung der Prüfung und Entscheidung der Sache durch den Appellationsrichter. Der Oberappellant kann durch ein das Erstinstanzurtheil bestätigendes Urtheil des Appellationsrichters nur beschwert sein, wenn der Letztere überhaupt rechtlich in der Lage war in der Sache zu erkennen. Der Oberappellationsrichter muß daher — unabhängig von dem Rechte und dem Gebrauch eines Rechtsmittels von Seiten des Appellaten, Oberappellaten, gegen die Zulassung der Appellation — die Frage prüfen: ob das Rechtsmittel der Appellation statthaft war? weil eine Beschwerde des Oberappellanten nur denkbar ist, wenn diese Frage bejaht wird, und weil die zufällig einmal ausdrücklich geschehene Statthafterklärung der Appellation eine prozeßleitende Verfügung ist, von der der Appellat sehr oft nicht einmal Nachricht erhält, und bei der von einem Beschreiten der Rechtskraft die Rede nicht sein kann.

Würde man übrigens auch annehmen, der Oberappellationsrichter dürfe die Statthaftigkeit der Appellation nur dann prüfen, wenn der Oberappellat eine Beschwerde gegen die Zulassung der Appellation geltend gemacht habe, so müßte man deren Einführung doch im Wege der Anschließung schlechthin zulassen, da der Oberappellat sonst die Rechtsbeständigkeit des Verfahrens und Urtheils des Appellationsrichters gar nicht anfechten könnte. Eine selbstständige Oberappellation hätte er nicht, weil es an einem ihn beschwerenden Urtheil fehlen würde, §. 390 d. Pr.O. Art. 3, P. R.

Die Beschränkung der Anschließung auf den Fall daß der Oberappellant selbst die Statthaftigkeiterklärung seiner Appellation anfechte und somit seiner Oberappellation selbst die Grundlage entziehe, würde einem Ausschluß der Anschließung gleichkommen.

Der Einwand, daß der Appellat vorsorglich die Oberberufung anzeigen, und im Fall der Appellant oberappelire, alsdann cooberappeliren könne, wird nicht geltend gemacht werden wollen, da solche vorsorglichen Oberappellationsanmeldungen gegen prozeßleitende Verfügungen — arglose Verschleppungen — gesetzlich nicht vorgeschrieben sind und sie den Appellaten auch nicht schützen würden, wenn der Appellant seine Oberappellation erst bei Ablauf der Wiederherstellungs-Frist einführen würde.

Die in den Annalen 1851, S. 16, vertheidigte Ansicht dürfte sonach erheblichem Bedenken unterliegen, wie sie auch in den Jahrbüchern X. 229 als eine unzweifelhaft unrichtige (?) behandelt wird.

Fy.

Anmerkung der Redaction.

Mag auch kein Zweifel darüber herrschen, daß die Zulassung der Appellation eine prozeßleitende Verfügung sei, so ist sie doch gewiß nicht eine solche, welche die Sache selbst oder wenigstens einzelne Streitpunkte berührt. Die Frage, ob ein Rechtsmittel zulässig sei oder nicht? ist eine rein formelle, welche den Gegenstand des Prozesses ganz bei Seite läßt. Diese Behauptung dürfte um soweniger zu bestreiten sein, als ja der Richter über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Appellation entscheidet, ohne den Appellaten vorher zu hören, für welchen übrigens aus der Zulassung die Befugniß zur Adhäsion in der Hauptsache erwächst. Erst nachdem das Rechtsmittel zugelassen ist, kommt es zur Verhandlung und Entscheidung der Streitpunkte, hinsichtlich welcher allein von einer Adhäsion die Rede sein kann.

In dem vorliegenden Falle ist aber eine Anschließung schon darum nicht denkbar, weil die Klägerin gegen das hofgerichtliche Decret vom 20. Juli 1849, welches ihre Berufung für zulässig erklärte, irgend ein Rechtsmittel weder angemeldet noch eingeführt und begreiflicherweise auch gar keinen Grund dazu gehabt hat, da solches ganz zu ihren Gunsten lautet. Die Befugniß zur Anschließung fließt unstreitbar aus der Gemeinschaftlichkeit des Rechtsmittels der Appellation. Wo also keine Appellation vorliegt, da kann ein Anschluß daran unmöglich stattfinden. Dieß bringt sowohl die Nomenclatur als die accessorische Natur der Anschließung mit sich. Eine Adhäsion ohne Appellation stellt sich sonach als ein prozessualisches Unding dar. Während also die Klägerin nur gegen das Urtheil vom 24. Mai 1850 gravaminirt, durften die Beklagten nicht auf die Verfügung vom 20. Juli 1849 zurückgreifen, um desfalls zu adhäriren.

Hiernach möchte die oberhofgerichtliche Ansicht wohl als die richtigere erscheinen.

Die Red.

V.

Zur Perfection eines Kaufvertrages genügt die blose Uebereinstimmung über Preis und Waare nicht, sondern es müssen auch beide Theile in der Absicht, einen Kaufvertrag abzuschließen, übereinstimmen.

J. S. Sutter gegen Schmidt, Haltung eines Kaufs betreffend, wurde von dem Hofgericht des Oberrheinkreises das amtliche Urtheil, welches unter der Voraussetzung der Eidesverweigerung auf Haltung des Kaufs erkannte, dahin abgeändert, daß Kläger mit seiner Klage abzuweisen sei, aus folgenden

Gründen.

Die angestellte Klage, vermittelst welcher Kläger die Erfüllung eines nach seiner Behauptung mit dem Beklagten mündlich abgeschlossenen Liegenschaftskaufes begehrt, ist in den Rechten unzweifelhaft gegründ.t, und die Frage, worauf es bei Entscheidung dieser Sache zunächst ankommt, betrifft die thatsächliche Klagbegründung, indem es sich vor Allem darum handelt, ob nach den in der Klage angeführten Thatsachen, d. h. nach den behaupteten Aeußerungen und Gegenäußerungen, worauf das Zustandekommen des Kaufvertrages beruhen soll, wirklich diejenigen Voraussetzungen als vorhanden anzunehmen sind, welche den vollendeten Abschluß eines rechtsverbindlichen Kaufvertrages bedingen.

In dieser Beziehung genügt nach bekannten rechtlichen Grundsätzen die blose Uebereinstimmung über Preis und Waare nicht, sondern es müssen auch beide Theile in der Absicht, einen Kaufvertrag abzuschließen, übereinstimmen (Glück, Pandekten Thl. XVI., S. 18), was schon aus dem Wesen und Begriff eines zweiseitigen Vertrages von selbst sich ergibt. Mangelt es an dieser Uebereinstimmung, die entweder aus der ausdrücklichen Willenserklärung oder aus den Umständen hervorgehen muß, und stimmt auch nur ein Theil in jener Absicht nicht überein, so liegt ein vollendeter Kauf, ein vollkommen rechtsverbindlich abgeschlossenes Rechtsgeschäft nicht vor.

(Si in ipsa emtione dissentient, emtio imperfecta est l. g. pr. D. de contrah. emt.)

Die von dem Kläger selbst angeführte Aeußerung des Beklagten: „wenn ihm einer für seine Ansprachebehausung 1200 fl. gäbe, so würde er dieselbe hergeben" — so wie auch die auf die Frage des Klägers: „ob es ihm damit Ernst sei?" ertheilte Antwort: „ja ich gebe es darum, ich schaue dann, wo ich hinkomme" — enthalten für den Kläger durchaus keine zu einer Annahme reife Erklärung des Beklagten, daß er dem Kläger sein Haus um 1200 fl. verkaufen wolle. Es liegt darin nichts weiteres, als eine gesprächsweise gemachte Aeußerung des Beklagten, was er thun würde, wenn ihm Jemand 1200 fl. für sein Haus bieten sollte. Keineswegs aber ist darin ein Anerbieten oder eine Aufforderung an den Kläger enthalten, mit dem Beklagten in ein Vertragsverhältniß zu treten. Auch hat sich der Beklagte durch die Aeußerung eines bestimmten Vorsatzes Niemanden gegenüber verpflichtet, diesem Vorsatze treu zu bleiben, falls ihm wirklich das Angebot von 1200 fl. gemacht werden sollte.

Es folgt daher weder aus den Worten noch aus andern Umständen die bestimmte Absicht des Beklagten, mit dem Kläger einen Kaufvertag abzuschließen, und die von dem Kläger geäußerte Annahme kann somit den Beklagten nicht verpflichten. Es erscheint hiernach die Klage nicht begründet und muß daher die Abweisung des Klägers erfolgen.

Haager.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. **No. 6.** **Mannheim**, 8. Februar **1851.**

I.

1) Die Umstoßung einer Theilung im Sinne des L.R.S. 887 setzt eine durch die Einwilligung sämmtlicher Interessenten perfekt gewordene, somit in einen Vertrag übergegangene Aufhebung der Gemeinschaft voraus. Hat auch nur ein Interessent seine Einwilligung versagt, so hat die ganze Theilung in Bezug auf sämmtliche Interessenten keine endgültige Kraft.

2) Es ist ein wesentlicher Unterschied zwischen einer von den Theilungs-Interessenten selbst ausgehenden Begünstigung eines Theilhabers und zwischen dem Verzicht auf Einreden gegen einen vom Erblasser ausgesprochenen Willen, welcher entweder an der Form oder an sonstigen Mängeln leidet. Jene Begünstigung ist nichts anderes als eine von den Erben ausgehende Schenkung; sie muß daher nach den gesetzlichen Erfordernissen eines solchen Aktes geprüft werden.

3) Die Bestimmung in L.R.S. 1338 und 1340 findet keine Anwendung, wenn gar keine bestimmte Willenserklärung des Erblassers vorliegt und es an dem rechtlichen Wesen einer letztwilligen Anordnung fehlt.

J. S. der Theresia, Magdalena, Anna und des Johann Bauer gegen Michael Bauer, Umstoßung einer Theilung betreffend, hat das Hofgericht des Oberrheinkreises das unterrichterliche Urtheil, wodurch eine neue Theilung des elterlichen Vermögens angeordnet wurde, bestätiget.

Entscheidungsgründe.

Der am 31. Dezember 1842 verstorbene Joseph Bauer von Feldkirch hinterließ fünf Kinder als gesetzliche Erben und eine Wittwe, mit welcher er in allgemeiner Gütergemeinschaft gelebt hatte. Nach dem gesetzlichen Erb- und Gemeinschaftsrecht hat daher die Wittwe die Hälfte des vorhandenen Vermögens anzusprechen und die andere Hälfte gebührt den Kindern zu gleichen Antheilen.

Für Aufhebung dieses — alle einzelnen Theile des Vermögens umfassenden Miteigenthums schreiben die L.R.S. 825 ff. und 1476 das Verfahren vor und es müssen hiernach die einzelnen Bestandtheile und insbesondere auch die Liegenschaften nach ihrem wahren Werthe durch Sachverständige abgeschätzt werden, damit diese Schätzung den Maaßstab bei Ausgleichung der Loose bilde, sofern einzelne Stücke unabgetheilt dem einen oder andern Interessenten zugewiesen werden.

Bei der von Notar Reich entworfenen Erbtheilung wurde von dieser gesetzlichen Regel dadurch abgewichen, daß dem Sohne Michael — nämlich dem Beklagten — das in der Masse vorhandene Zinsgut um den Anschlag von 8000 fl. ungetheilt zugewiesen wurde, während nach dem Gutachten von Sachverständigen dieses Gut einen Werth von mehr als 13,000 fl. hat. Durch dieses auf den angeblichen Willen des Vaters gestützte Verfahren sind die Miterben des Beklagten offenbar zu kurz gekommen, sofern die gesetzlichen Regeln der Erbtheilung ihre Anwendung leiden. Die Wittwe und ihre drei Töchter haben auch am Schlusse der Theilung diese Verkürzung gerügt und die Erklärung abgegeben, daß sie den Anschlag des Zinsgutes als zu nieder beanstanden müßten, sonst aber nichts einzuwenden hätten. Diese Erklärung war

offenbar nichts anders, als eine Versagung ihrer Einwilligung in die von Notar Reich entworfene Theilung, gleichviel ob die gemachte Einsprache den ganzen Act, oder nur einzelne wesentliche Punkte des Verfahrens umfaßte, und es war nach dieser Erklärung die Vorschrift des L.R.S. 823 einzuhalten, d. h. es mußte über den beanstandeten Punkt eine gerichtliche Entscheidung erfolgen.

Eine solche Entscheidung haben nun die Kläger gegenüber dem Beklagten begehrt und sie verlangen insbesondere:

1) Es sei die Verfügung des Erblassers, worauf die Abweichung von den gesetzlichen Regeln der Theilung zu Gunsten des Beklagten gestützt werden will, für nichtig zu erklären und
2) eine neue Theilung vorzunehmen.

Es wird hiebei geltend gemacht, daß die von Notar Reich entworfene Theilung die kläger'schen Interessenten um mehr als ¼ verletzte, somit ein gesetzlicher Grund zur Umstoßung derselben vorliege. Da jedoch — wie oben schon bemerkt und auch in der Klage angeführt wurde — die Wittwe und drei Töchter in jene Theilung gar nicht eingewilligt haben, so kommt es auf das Dasein einer Verletzung über ¼ gar nicht an, denn die Umstoßung einer Theilung im Sinne des Satzes 887 setzt eine durch die Einwilligung *sämmtlicher* Interessenten perfect gewordene, somit in einen Vertrag übergegangene Aufhebung der Gemeinschaft voraus. Hat auch nur *ein* Interessent seine Einwilligung versagt, so hat die ganze Theilung in Bezug auf sämmtliche Interessenten keine endgültige Kraft, wie aus der Natur der Sache und aus den Sätzen 823, 466 und 840 des Landrechts klar folgt.

Es kommt vielmehr beim Mangel einer solchen Einwilligung nur darauf an, ob — abgesehen von aller Verletzung — das bei der Theilung eingehaltene Verfahren dem Gesetze entspricht oder nicht.

Im vorliegenden Falle handelt es sich insbesondere nur darum, ob die Abweichung von den gesetzlichen Regeln der Theilung, wie sie von dem Beklagten in Anspruch genommen und dem Theilungsentwurfe zu Grund gelegt wurde, gerechtfertiget ist oder nicht.

Diese Rechtfertigung soll in letztwilligen Verfügungen des Erblassers liegen, welche zwar von dem Beklagten selbst als nichtig und wirkungslos bezeichnet werden, welche aber dadurch zur rechtlichen Wirksamkeit gelangt sein sollen, daß die Interessenten sie im Sinne des Satzes 1340 anerkannt, bestätiget und vollzogen haben.

Ein solcher Verzicht auf alle Einreden gegen das Testament soll sowohl in dem Protokoll über die Eröffnung des Testaments, als auch in dem Theilungsacte selbst liegen.

In dem letztern Acte ist jedoch eine ausdrückliche Protestation gegen den Anschlag des Gutes zu 8000 fl. enthalten und es ist daher nicht begreiflich, wie aus jener Theilung eine ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung des testamentarischen Anschlags zu 8000 fl. abgeleitet werden könnte. Das Publikationsprotokoll, welches ohne allen Auftrag von demselben Notar Reich, der das nichtige Testament abgefaßt und darum an der Genehmigung desselben ein persönliches Interesse hatte, aufgenommen, von den Klägern aber als falsch und unwahr bestritten wurde, enthält allerdings die Erklärung der gesammten Betheiligten: „daß sie die Testamente des Verstorbenen ohne Rücksicht auf ihre Gebrechen und Formfehler nach Inhalt und Form anerkennen, deren Vollzug genehmigen und die Bestimmungen derselben als Maaßstab der künftigen Theilung erklären." Allein es kommt — abgesehen von der Glaubwürdigkeit dieses Protokolls und abgesehen von der Frage, ob der Satz 1340 auch auf *Testamente* anwendbar sei — Folgendes gegen dessen Erheblichkeit zu bedenken.

Es ist ein wesentlicher Unterschied zwischen einer von den *Theilungs-Interessenten selbst* ausgehenden Begünstigung eines Theilhabers und zwischen dem Verzicht auf Einreden gegen einen vom *Erblasser* ausgesprochenen Willen, welcher entweder an der *Form* oder an sonstigen Mängeln, nämlich an solchen leidet, von welchen der Satz 1338 handelt.

Wenn auch immerhin die *Beweggründe* der ersteren darauf beruhen mögen, daß die Erben den *muthmaaßlichen* Willen des Erblassers zu vollziehen gedenken, so ist jene Begünstigung doch nichts anderes als eine von den Erben ausgehende Schenkung. Sie muß daher nach den gesetzlichen Erfordernissen eines solchen Actes geprüft werden, und sofern sie diese Erfordernisse nicht besitzt, hat sie keine Wirksamkeit, wenn auch die Erben erklärt haben sollten, daß ihre Beweggründe in Aeußerungen des Erblassers beruhen.

Als eine selbstständige Schenkung der Erben kann die im Publikationsact enthaltene Erklärung nicht betrachtet und aufrecht erhalten werden.

Betrachtet man dieselbe als eine Genehmigung der beiden angeblichen Testamente, so ist das erste derselben nach seinem eigenen Inhalte gar nicht zur Vollendung ge-

kommen, und daher nur der Anfang oder der Entwurf eines letzten Willens, zu dessen Perfection das wesentlichste Erforderniß, nämlich die Sanction des Erblassers, fehlt. Der zweite mit theilweise anderen Zeugen vorgenommene und daher nicht einmal eine Fortsetzung bildende Act, welcher diese Sanction nachtragen soll, enthält — für sich allein betrachtet — gar keine bestimmte Willenserklärung des Erblassers, indem aus ihm allein nicht zu ersehen ist, was angeordnet sein soll.

Es fehlt also nicht an den Förmlichkeiten eines Testaments oder an Freiheit der Willenserklärung, sondern es fehlt an dem rechtlichen Wesen einer letztwilligen Anordnung. Es wäre gar nicht denkbar, wie der auf die Umstoßung Verzichtende in Gemäßheit des Satzes 1338 einen bestimmten einzelnen Mangel als Grund der Umstoßung und Gegenstand des Verzichts anführen sollte. Es bedarf somit gar keiner Klage auf Umstoßung derselben, weil keiner der — in den L.R.S. 1338 und 1340 unterstellten Fälle vorhanden, diese Sätze aber, insbesondere der Satz 1340 strenge auszulegen sind.

Zachariä II. Bd. S. 321.

Es könnte hiernach die im Publikationsact enthaltene Erklärung nur dann rechtliche Bedeutung haben, wenn sie von den Erfordernissen einer Schenkung begleitet wäre, was aber nicht der Fall ist.

Aus diesen Gründen erscheint die von dem Beklagten angesprochene Befugniß, daß ihm das Zinsgut um 8000 fl. zugewiesen wurde, als nicht gerechtfertiget.

Dagegen ist das Begehren der Klage „daß eine neue Theilung — ohne Rücksicht auf die angeblichen Dispositionen des Erblassers — vorgenommen werde", rechtlich begründet und der Appellant ist darum durch den Inhalt des unterrichterlichen Erkenntnisses nicht beschwert, weßhalb solches, unter Verfällung desselben in die Kosten — bestätiget wurde.

Von großh. Oberhofgericht wurde das hofgerichtliche Urtheil unter Adoption der Entscheidungsgründe bestätiget.

Haager.

II.

Von der Anweisung an Zahlungsstatt.

Zu dem Rechtsfall in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern n. F. IX., pag. 220—226.

An dem oben erwähnten Orte ist eine oberhofgerichtliche Entscheidung mitgetheilt, wornach die Kläger, welche eine von ihrem Schuldner ihnen an Zahlungsstatt angewiesene Forderung einklagten, wegen mangelnder Activlegitimation abgewiesen wurden,

1) weil es an den Voraussetzungen mangle, durch welche die Anwendbarkeit des L.R.S. 1166 bedingt sei, und
2) weil auch die Anweisung an Zahlungsstatt kein Klagrecht des Gläubigers gegen den angewiesenen Schuldner begründe.

Je größer die Autorität der Rechtsaussprüche des obersten Gerichtshofs ist, desto mehr ist die Kundgebung der obwaltenden Bedenken gegen eine concrete Entscheidung gerechtfertigt, zumal wenn es sich, wie im vorliegenden Falle, um eine so häufig wiederkehrende Rechtsfrage handelt. Deßwegen und da meines Wissens noch keine Stimme sich über die angeführte Entscheidung ausgesprochen hat, versuche ich die Unrichtigkeit derselben zu zeigen.

Vor Allem halte ich für unrichtig, daß die angeführten zwei Klaggründe, nämlich der von L.R.S. 1166 und der von der Anweisung an Zahlungsstatt hergenommene, bei der Prüfung der Activlegitimation, wie geschehen, von einander getrennt worden sind, und die Frage über die Anwendbarkeit des L.R.S. 1166 ohne alle Rücksicht auf die vorliegende Anweisung untersucht wurde, während sie vielmehr gerade auf den Grund derselben hätte beantwortet werden sollen. Denn die Legitimation der Kläger war in thatsächlicher Beziehung lediglich auf die an Zahlungsstatt empfangene Anweisung gegründet. Auf diese Thatsache hatte also der Richter die entsprechenden Gesetze anzuwenden, und zwar nicht allein die speciellen Bestimmungen über die Anweisungen, sondern auch zugleich in Verbindung damit den L.R.S. 1166, da die Kläger durch die Art und Weise der Einklagung der angewiesenen Forderung wohl deutlich genug erklärten, daß sie das Forderungsrecht ihres Schuldners zu ihrer Befriedigung geltend machen.

Die Gründe, warum die Anweisung an Zahlungsstatt dem Gläubiger (Anweisungsempfänger) kein Klagrecht gegen den angewiesenen Schuldner geben soll, sind

1) weil man, um die einem Dritten zustehende Forderung ausklagen zu können, entweder die Uebertragung der Forderung zu Eigenthum (eine Cession) erwirken, oder von dem Eigenthümer zur Klagerhebung beauftragt sein müsse, und
2) weil die Anweisung an Zahlungsstatt weder das

eine noch das andere Erforderniß enthalte, sondern ebenso wie die Anweisung an Lieferungs- und an Einzugsstatt an und für sich lediglich nur ein Auftrag für den Gläubiger sei, das angewiesene Objekt zu erheben, und als Auftrag unter die Bestimmung der L.R.S. 2010 l falle.

Wäre, was übrigens auch Trefurt System p. 306 behauptet, der letzte Satz richtig, daß nämlich der L.R.S. 2010 l von allen Anweisungen und also auch von der Anweisung an Zahlungsstatt gelte, so wäre die Sache freilich klar entschieden, da es dort mit dürren Worten heißt, daß der Anweisungsempfänger weder schuldig noch befugt sey, eine angewiesene Forderung auszuklagen oder an Dritte zu übertragen. Allein jenes Gesetz bezieht sich nur auf die Anweisung an Einzugsstatt. Die Richtigkeit dieser Behauptung ergibt sich aus folgenden Gründen:

1) In den L.R.S. 2010 a bis 2010 l, welche die Lehre von den Anweisungen enthalten, sind zuerst die den drei verschiedenen Gattungen von Anweisungen gemeinsamen Sätze vorausgestellt, — 2010 a bis 2010 c — sodann folgen in bestimmter Reihenfolge gesondert die speciellen Vorschriften für die Anweisung an Lieferungsstatt — 2010 e bis 2010 f — für die Anweisung an Zahlungsstatt — 2010 g bis 2010 i — und zuletzt für die Anweisung an Einzugsstatt — 2010 k. — Der L.R.S. 2010 l hat also seine Stelle in der Lehre von der Anweisung an Einzugsstatt, welche mit dem unmittelbar vorausgehenden Satz 2010 k beginnt, und darf schon deßwegen nicht auf die zwei andern Gattungen der Anweisungen bezogen werden.

2) Wollte man in dem L.R.S. 2010 l eine allgemeine Bestimmung für alle Anweisungen finden, so stünde er im Widerspruch mit L.R.S. 2010 h, denn nach diesem Gesetz ist es bei der Anweisung an Zahlungsstatt dem Anweisungsempfänger gestattet, die angewiesene Forderung sich durch irgend eine Verfügung über dieselbe eigen zu machen, also namentlich auch sie an Dritte zu übertragen, während dieses im L.R.S. 2010 l ausdrücklich untersagt ist. Es läßt sich aber nicht annehmen, daß der Gesetzgeber gleichsam in einem Athemzuge widersprechende Bestimmungen über denselben Gegenstand getroffen habe, und auch hierdurch wird man zu der obigen beschränkenden Auslegung des L.R.S. 2010 l mit Nothwendigkeit hingeführt.

Auch Brauer — Erläuterungen B. III. p. 720 — lehrt, daß der Satz 2010 l nur auf die Anweisungen an Einzugsstatt, als auf einfache Auftragsverträge, sich beziehe.

Ebenso unrichtig als die Behauptung, daß der L.R.S. 2010 l von allen Anweisungen gelte, erscheint mir aber auch der Satz, daß man, um eine Forderung einklagen zu können, entweder Eigenthümer derselben oder vom Eigenthümer zur Einklagung bevollmächtigt sein müßte, und deßwegen bei der Anweisung an Zahlungsstatt der Gläubiger zur Klage nicht legitimirt sei.

1) Schon nach der Regel: qui dicit de uno negat de altero, kommt man bei der Verfügung des L.R.S. 2010 l für die Anweisung an Einzugsstatt und bei dem Schweigen des Gesetzes bezüglich der Anweisung an Zahlungsstatt zu dem Schluß, daß hier etwas Anderes Rechtens sein müsse. Jene Regel gibt aber im vorliegenden Falle um so mehr, weil der Gesetzgeber, wenn er bei der Anweisung an Zahlungsstatt dem Anweisungsempfänger kein Klagrecht einräumen wollte, hier weit mehr als bei der Anweisung an Einzugsstatt Grund gehabt hätte, es auszusprechen, da die Anweisung an Zahlungsstatt dem Anweisungsempfänger ein viel größeres Recht gibt, als die einen einfachen Auftrag enthaltende Anweisung an Einzugsstatt, folglich man durch die Beschränkung des Verbots der Einklagung auf die letztere Anweisung zu der Annahme des Gegentheils bei der erstern hingewiesen wird. War der Gesetzgeber ungeachtet dessen, daß der Satz 2010 l sich von selbst und nothwendig aus S. 2010 k ergibt, gleichwohl so vorsichtig, seine Verfügung ausdrücklich auszusprechen, um wie viel mehr hätte er dieses bei der Anweisung an Zahlungsstatt thun müssen, wenn hier das Gleiche gelten sollte?

2) Nach L.R.S. 2010 h kann der Gläubiger die angewiesene Forderung durch beliebige Verfügung über dieselbe sich eigen machen, also z. B. sie auf einen Dritten übertragen. Dieser ist dann unzweifelhaft zur Einklagung befugt: Warum sollte sein Rechtsgeber nicht die gleiche Befugniß haben? Sollte diese nicht als das minus in dem Recht des Gläubigers, als Eigenthümer über die Forderung zu verfügen, enthalten sein? Will man mit dem großh. Oberhofgericht die Einklagung als eine Eigenthumshandlung betrachten, was sie übrigens nach dem unten Folgenden nicht sein muß, so kann man dem Gläubiger nicht entgegen halten, daß er deßwegen nicht zur

Klage befugt sei, sondern man kommt zu dem umgekehrten Resultat, daß er durch die Einklagung sich die Forderung eigen gemacht habe, wozu er nach L.R.S. 2010 h befugt ist, und was gerade seine Legitimation begründet.

3) Das Recht des Gläubigers, die ihm an Zahlungsstatt angewiesene Forderung einzuklagen, ergibt sich aber auch aus dem Wesen dieser Anweisung und aus dem Verhältniß des Schuldners zum Gläubiger, wenn man dabei den L.R.S. 1166 zur Anwendung bringt.

Die Anweisung an Zahlungsstatt ist wohl ein Auftrag für den Gläubiger, das angewiesene Objekt zu erheben; aber sie ist noch mehr, sie ist zugleich die Ueberlassung der angewiesenen Forderung des Schuldners an den Gläubiger als Zahlungsmittel. In so weit erwirbt der Gläubiger ein Recht auf die angewiesene Forderung und der Schuldner kann nach L.R.S. 2010 i die Anweisung gegen den Willen des Gläubigers nicht widerrufen, so lange er ihn nicht auf eine andere Weise befriedigt hat. Zum Vortheil des Gläubigers gilt sie nicht als unbedingte Zahlung, aber er kann sie als solche annehmen. L.R.S. 2010 h. Allerdings enthält die Anweisung an Zahlungsstatt an und für sich keine Uebertragung des Eigenthums der angewiesenen Forderung. Aber dieses ist zur Begründung des Klagrechts des Gläubigers auch nicht nothwendig, denn nach L.R.S. 1166 können die Gläubiger als solche die Rechte und Klagen ihres Schuldners zu ihrer Befriedigung geltend machen. Es bedarf hier also keiner Cession, sondern die Anweisung an Zahlungsstatt genügt für den Gläubiger, um darauf hin das Klagrecht seines Schuldners nach L.R.S. 1166 auszuüben. Ohnehin ist es ja lediglich das Interesse des Gläubigers, weßhalb seinem Schuldner gegenüber die Anweisung nicht als Rechtsübertragung und unbedingte Zahlung gilt; es geht also nicht an, aus dieser Begünstigung eine ihm nachtheilige Folgerung abzuleiten.

Warum hier die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des L.R.S. 1166 nicht vorhanden sein sollen, ist nicht einzusehen. Ich nehme mit dem großh. Oberhofgericht als richtig an, der L.R.S. 1166 sei nicht so zu verstehen, als ob es in der Willkür des Gläubigers liege, gegen den Willen des Schuldners nach Belieben auf eine Forderung desselben zu seiner Befriedigung zu greifen und sie einzuklagen. Bekanntlich ist es nämlich eine bestrittene Frage, ob bei Anwendung des L.R.S. 1166 die Gläubiger als Bevollmächtigte ihres Schuldners kraft Gesetzes zu betrachten seien, wie Zachariä franz. Civilr. §. 312 annimmt, oder ob sie Behufs der Ausübung der Rechte ihres Schuldners vorher noch einer richterlichen Einweisung in dieselben (subrogation judiciaire) bedürfen. Vergl. Proudhon de l'usufruit IV. §. 2236 bis 2244 und oberhofgerichtliche Jahrb. n. F. IX. 546.

Wenn man nun auch die letztere Ansicht als die richtige annimmt, so folgt doch daraus nicht, wie angenommen wurde, daß der L.R.S. 1166 nur im Vollstreckungsverfahren nach Vorschrift des §. 1016 Pr.-O. seine Anwendung finde. Jene Frage ist hier, wo der Schuldner selbst durch die Anweisung dem Gläubiger die Forderung zu seiner Befriedigung freiwillig hingibt, gar nicht entscheidend. Hier kann von einer Willkür des Gläubigers eben so wenig die Rede sein, als es der Anwendung eines Zwangsverfahrens bedarf. Nach der Ansicht des großh. Oberhofgerichts ergibt sich nur so viel, daß das Berufen des Gläubigers auf den L.R.S. 1166 für sich allein nicht genügt, um die Forderung seines Schuldners einklagen zu können, sondern daß entweder die Anweisung des Schuldners selbst oder bei dessen Weigerung die richterliche Zuweisung hinzu kommen muß, nicht aber, daß im erstern Falle eine förmliche Rechtsübertragung stattfinden müsse.

4) Den klarsten Beweis für das Klagrecht des Gläubigers liefern aber gerade die Vorschriften in §. 1016 bis 1020 der Pr.-O., auf welche man sich zum Beweis des Gegentheils berufen hat Niemand wird nämlich bezweifeln, daß die richterliche Zuweisung an Zahlungsstatt im Falle des §. 1016 für den Gläubiger das Recht zur gerichtlichen Beitreibung der zugewiesenen Forderung begründet. Und doch ist diese Zuweisung im Vollstreckungsverfahren nichts mehr, als die Anweisung an Zahlungsstatt, welche der Schuldner freiwillig dem Gläubiger zu seiner Befriedigung gibt. Zwar ist jene richterliche Zuweisung in von Weilers Motiven zu dem Entwurf der Prozeß-Ordnung §. 1021 bis 1023 und auch anderwärts eine gezwungene Cession genannt worden, aber offenbar mit Unrecht, wie auch schon in dem Commissionsbericht der zweiten Kammer (siehe 12tes Beilagenheft p. 224 der Verhandlungen von 1831) bemerkt wurde. Denn nach §. 1018 und 1019 Pr.-O. überträgt sie nicht das Eigenthum der zugewiesenen Forderung auf den Gläubiger; sie befreit den Schuldner nicht von seiner Schuld, sondern sie gilt nur bedingungsweise, nämlich nur in so weit als Zahlung, als der Gläubiger aus der zugewiesenen Forderung wirklich Befriedigung erhält; sobald der Schuldner

den Gläubiger auf eine andere Weise befriedigt, kann er die Aufhebung der richterlichen Zuweisung fordern, und umgekehrt kann der Gläubiger, wenn er seine Befriedigung daraus nicht erhält, sie wieder aufgeben und auf andere Zahlungsmittel des Schuldners greifen. Alle diese Sätze sind unvereinbar mit der Cession, gelten aber in gleicher Weise bei der Anweisung an Zahlungsstatt.

Die richterliche Zuweisung hat hiernach zwischen dem Gläubiger und Schuldner durchaus keine weitere civilrechtliche Wirkung als die freiwillige Anweisung des Schuldners; sie ist nichts anderes als die Einweisung des Gläubigers in das Forderungsrecht des Schuldners Behufs seiner Befriedigung, und hat ihre civilrechtliche Grundlage nicht in L.R.S. 1166 und 2010 g bis 2010 i. So gewiß nun die erstere dem Gläubiger das Recht gibt, die zugewiesene Forderung einzuklagen, muß dieses auch bei der letztern der Fall sein.

Auch die französischen Rechtslehrer z. B. Duranton VII. p. 39. No. 53. — Toullier IV. No. 25, räumen dem Gläubiger im vorliegenden Falle ein Klagrecht ein. Eine Beschränkung desselben ist aber durch die Zusätze des badischen Landrechts über Anweisungen nicht ausgesprochen worden.

Als Resultat aus den aufgestellten Grundsätzen ergibt sich für den Eingangs erwähnten Rechtsstreit, daß die Activlegitimation der Kläger als vorhanden anzunehmen war.

Faller,
großh. Hofgerichtsrath in Constanz.

III.

Ueber das sogenannte Eigenthum an beweglichen Sachen.

Die bekannte Vorschrift des Art. 2279 C. c. „hinsichtlich beweglicher Sachen gilt der Besitz statt Titels", merkwürdiger Weise ganz an das Ende des Gesetzbuches gestellt, trägt in die in früheren Artikeln entwickelte Theorie des Eigenthums in seiner Anwendung auf bewegliche Sachen so bedeutende Modifikationen und Abweichungen herein, daß der Begriff des Eigenthums und die wesentlichsten Consequenzen desselben bei scharfer Auffassung jener Vorschrift zu verschwinden drohen. Gilt der Besitzer einer Mobilie schlechthin und ohne Zulässigkeit eines Gegenbeweises statt des Eigenthümers, kann er also nicht mit der dinglichen Eigenthumsklage mit Erfolg belangt werden, so ist es klar, daß ein vollwirksames Eigenthum an Mobilien nur entstehen kann durch Besitzübertragung, im Widerspruch mit der allgemein gefaßten Verfügung der Art. 1138 und 1583 C. c.; und ebenso ergibt sich aus obiger Prämisse, daß dem bisherigen Eigenthümer einer Mobilie, welcher den Besitz derselben verloren hat, in der Regel und abgesehen von den in Art. 2279, §. 2 C. c. hervorgehobenen Ausnahmsfällen, eine dingliche Klage auf Wiedererlangung seiner Sache nicht mehr zusteht; denn auch ihm gegenüber kann der neue Besitzer sich auf den Grundsatz berufen, der Besitz gilt statt Eigenthums. So auffallend aber diese Sätze auf den ersten Blick erscheinen mögen (sie sind es, wie ich im Laufe dieser Abhandlung zu zeigen hoffe, in der That viel weniger, als sie es scheinen), so müssen wir dennoch den Art. 2279 C. c. in aller Strenge auffassen; bei beweglichen Sachen gilt der Besitz kraft dieses Artikels in der That schlechthin und ohne Zulässigkeit eines Gegenbeweises statt Eigenthums. Zu diesem von der großen Mehrzahl der Schriftsteller übereinstimmend anerkannten Resultate *) führt schon die reine Wortinterpretation unseres Artikels, der unbeschränkt und ohne Vorbehalt eines Gegenbeweises verfügt.

Noch mehr wird aber diese Ansicht durch innere Gründe unterstützt, indem, wollte man gegen den Satz, der Besitz gilt statt Eigenthums, einen Gegenbeweis zulassen, der Artikel in pompösen Worten lediglich die Trivialität ausspräche, der Besitzer habe nur dem erwiesenen Rechte des Nichtbesitzers zu weichen; und endlich hat auch das germanische Recht, die Quelle der hier in Frage stehenden Rechtsregel, dieselbe immer in diesem strengen Sinne aufgefaßt. Gleichwohl schien der Art. 2279 C. c., so verstanden, einem der bedeutendsten franz. Juristen, Toullier **), in so schroffem Widerspruche mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu stehen, daß er mit großem Aufwand von Scharfsinn und Gelehrsamkeit demselben eine andere Deutung zu geben versuchte. Dieser berühmte Ausleger des Code civil findet nämlich in unserem Artikel nur den Satz ausgesprochen, der Besitz einer beweglichen Sache begründe für deren Besitzer die einfache, durch Gegenbe-

---

*) Vergl. z. B. Duranton, cours de droit français., t. XV., No. 285 ffg., t. XXI., No. 435. Delvincourt, cours de C. c., p. 644. Zachariä, Handb. d. franz. C. R., §. 215 a. Troplong, de la prescription, II., No. 1052 ffg.

**) Le droit français., t. XIV., No. 104 ffg.

weis übrigens zu entkräftende Vermuthung, er besitze kraft eines genügenden Eigenthumstitels, eine Vermuthung, die ihm namentlich auch bei der nach Toullier in drei Jahren vollendeten Ersitzung zu Statten komme, indem er auch hier kraft jener Präsumtion von dem Beweis eines justus titulus befreit sei. Bazeille *) hält zwar diese Ansicht für nichts weniger als verwerflich, wagt es aber dennoch nicht, sich entschieden für dieselbe zu erklären, und führt ebensowenig neue Gründe für dieselbe an, so daß wir hier nur Toullier als Dissentienten zu berücksichtigen haben. Dieser stützt seine Ansicht theils auf das ältere französische Recht, in welchem der Besitz für sich allein auch bei Mobilien nicht statt Eigenthums gegolten habe, sondern, wenn nicht von Anfang an Eigenthum rechtsgültig übertragen gewesen, erst durch hinzutretende Ersitzung solches entstanden sei; theils aber und hauptsächlich darauf, daß eine wortgestrenge Auffassung des Art. 2279 C. c. mit dem Begriffe des Eigenthums in so schroffem Widerspruch stehe, daß jede andere irgend mögliche Deutung des Gesetzes jener vorzuziehen sei. Die historischen Irrthümer von Toullier sind durch Troplong **) so schlagend und vollständig widerlegt; und die Unmöglichkeit der von Toullier versuchten Auslegung unseres Gesetzes, daß nämlich in demselben von der dreijährigen Ersitzung einer von dem Eigenthümer freiwillig aus dem Besitze gelassenen Mobilie die Rede sei, ist von demselben Schriftsteller ***) so gründlich nachgewiesen, daß jede weitere Bemerkung darüber als überflüssig erscheint. Nur dem Hauptargumente von Toullier, der vermeintlichen innern Unverträglichkeit des strengen Wortsinns des Art. 2279 C. c. mit der Natur des Eigenthums, dürfte noch der Einwand entgegenzuhalten sein, daß er dabei von einer ganz unzulässigen Voraussetzung ausgeht, indem er den gewöhnlichen Begriff von Eigenthum auch auf Mobilien anwendet. Ob dieser aber hier überhaupt anwendbar, und bis zu welchem Grade er zu modificiren sei, das ist gerade die erst durch die richtige Auslegung des fraglichen Artikels zu beantwortende Frage.

Ich trage demnach kein Bedenken, mich der gemeinen Meinung anzuschließen, wornach Art 2779 C. c. in seiner vollen Strenge aufzufassen ist, so daß bei beweglichen Sachen der Besitz statt Eigenthumstitel ohne Zulässigkeit des Gegenbeweises gilt, oder m. a. W., daß der Besitz bei Mobilien die Stelle des Eigenthums vertritt. Nehmen wir aber diese Meinung an, so dürfen wir uns auch nicht verhehlen, daß damit der volle Begriff des Eigenthums seine Anwendbarkeit auf Mobilien verliert; denn nach diesem, welcher im französischen Rechte Art. 544 C. c. vollkommen übereinstimmend mit dem römischen Recht in die totale Herrschaft der Person über die Sache gesetzt wird, muß nothwendig ein Mittel gegeben sein, die in unserem Eigenthum stehende Sache jedem dritten Besitzer abzuverlangen, weit entfernt, daß der Besitz eines Dritten sich unsern Ansprüchen als unübersteigliche Mauer entgegenstellen könnte. Die unbeschränkte rei vendicatio nach römischer Weise ist eine unvermeidliche Consequenz eines wirklichen und vollen Eigenthums. Wir können uns auch nicht mit der von Troplong *) vorgeschlagenen Unterscheidung helfen, wornach dem bisherigen Eigenthümer einer beweglichen Sache, welcher den Besitz derselben freiwillig aufgab, sein Eigenthum verbleiben solle gegenüber dem von ihm mit der Sache betrauten, und sein Eigenthum nur dem dritten Besitzer gegenüber seine Wirksamkeit verloren haben soll. Denn das wirkliche Eigenthum ist ein absolutes Recht, das entweder gar nicht oder gegenüber Jedermann besteht. In diesem Verkennen der ganz durchgreifenden Beschränkungen, welche der Begriff des Eigenthums in seiner Anwendung auf Mobilien erleidet, scheint mir der Grund zu liegen, weßhalb der sonst so treffliche Commentar von Troplong über Art. 2279 C. c. wissenschaftlich nicht ganz befriedigt und selbst einige schwerlich zu rechtfertigende praktische Behauptungen enthält; ein Versehen, welches bei diesem gründlichsten und geistvollsten unter den französischen Civilisten seine Erklärung nur finden kann in der unbegründeten Mißachtung derselben gegen das von ihm barbarisch gescholtene germanische Recht und in seiner allzugroßen Vorliebe für die gelehrte romanisirende Jurisprudenz. Von dem Begriffe des wirklichen Eigenthums ausgehend, können wir nicht umhin, den Art. 2279 C. c. als eine unerklärbare Anomalie zuzugeben, eine Anomalie, welche immer von jenem Begriffe ausgegangen, durch alle zu ihrer Vertheidigung schon vielfach vorgebrachten Gründe nicht gerechtfertigt werden könnte. Die Bedürfnisse eines leichten und raschen Verkehrs mit Mobilien, das Unbillige

*) De prescriptione., No. 674.

**) De la prescript. II., No. 136 ffg.

***) C. c., No. 1053.

*) De la prescript., t. II., No. 143 ffg.

in der Zumuthung an den Besitzer einer Mobilie, seinen in bei weitem den meisten Fällen nicht documentirten Erwerbtitel in schriftlicher Urkunde beizubringen oder auch nur durch Zeuge zu erweisen, die gerechte, dem gutgläubigen Besitzer einer Mobilie gewidmete Gunst, der trotz aller Vorsicht einen zuverlässigen Beweis über die Berechtigung seines Autors nur in den seltensten Fällen sich wird verschaffen können: all dieß genügt nicht, den Besitzer einer Mobilie dem Eigenthümer vorzuziehen, wenn wir einmal das Eigenthum in seiner vollen Bedeutung auch auf Mobilien anwenden. Wohl aber wird durch jene Gründe und durch die Vergänglichkeit beweglicher Sachen ein Rechtssystem gerechtfertigt, welches Mobilien gar nicht für ein geeignetes Substrat, für ein so umfassendes Recht wie das Eigenthum, hält, oder, wenn man das Wort Eigenthum retten will, auf jene den Begriff des Eigenthumes nur mit solchen Beschränkungen und Modificationen anwendet, daß der eigentliche Nerv desselben verschwindet. Das war die Auffassungsweise des germanischen, das ist noch jetzt die Auffassungsweise des französischen Rechts, eine Rechtsvorstellung, die mit seltener Energie in allen germanischen Völkern lebt und, wenn auch Jahrhunderte lang durch römisches Recht unterdrückt, dennoch auch in einer Reihe neuer deutscher Gesetze aufs Neue sich Bahn gebrochen hat, wenn sie gleich nirgends in der Reinheit wieder erstanden ist, wie in dem Gesetzbuche der Franzosen.

Es ist darnach eine unrichtige, nur zu Irrthümern hinführende Ausdrucksweise, zu sagen, bei Mobilien gilt der Besitz kraft einer Fiction als wirkliches Eigenthum. Das ist nicht wahr, denn an Mobilien gibt es gar kein wahres Eigenthumsrecht, weder ein in Wirklichkeit durch ein rechtsübertragendes Geschäft entstandenes, noch ein auf Grundlage des Besitzes fingirtes. Die Unhaltbarkeit jener Vorstellungsweise zeigt sich zunächst schon darin, daß sie in ihren Consequenzen ganz entschieden falsch ist. Darnach müßte ja der gewesene Besitzer, welcher seine Mobilie bei einem Dritten findet, sie wie ein wahrer Eigenthümer von diesem vindiciren können, während gerade dieses direct durch unsern Rechtsſatz ausgeschlossen ist. Aber auch ganz abgesehen davon, kann jene Vorstellungsweise mit Recht beschuldigt werden, den eigentlichen Standpunkt unseres Gesetzes vollkommen verkannt zu haben und in dasselbe eine Prinziplosigkeit hereinzutragen, die bei richtigem Verständniß durchaus nicht darin liegt. Ein erorbitanterer Rechtssatz als der aus der hier bekämpften Anschauungsweise hervorgehende, ließe sich wohl kaum ersinnen; von demjenigen, dessen Besitz feststeht, dessen weitere Verhältnisse aber sämmtlich unerörtert bleiben, der also einen Titel nicht zu erweisen braucht, der vielleicht sogar in bösem Glauben steht, von ihm soll auf dieses mehr als schwankende Fundament hin fingirt werden, er sei wahrer Eigenthümer, bloß deßhalb, weil ein einziges noch dazu außerwesentliches Element des Eigenthumserwerbs bei ihm sich findet. Eine solche Zusammenhanglosigkeit in den Rechtsvorstellungen scheint mir selbst in dem unentwickelten, altgermanischen Rechte, der Quelle unseres Gesetzes, unwahrscheinlich, weil selbst dem ungeübten rohen Menschenverstande jene Prinziplosigkeit auffallen müßte; sie scheint mir in einem Gesetzbuche, wie der C. c., das so zahlreiche Beweise von dem Scharfsinne seiner Verfasser enthält, geradezu unmöglich. Ganz anders aber verhält sich die Sache, wenn wir unser Gesetz in dem Sinne auffassen, daß bei Mobilien an die Stelle des Eigenthums der Besitz tritt, d. h. das Eigenthumsrecht mit seinen tiefeinschneidenden Consequenzen hier keine Anwendung findet, und, soweit es sich nur um die reindinglichen Beziehungen zu der Sache handelt, lediglich den Besitz entscheidet, der immer gewiß ist, während das Eigenthumsrecht an Mobilien bei der Flüchtigkeit der Spuren, welche sie auf ihrem Wege im Rechtsverkehre zurücklassen, in den meisten Fällen nur sehr schwer zu constatiren ist. Dieser Auffassungsweise, welcher die beweglichen Sachen als ein ungeeignetes Substrat für das volle Eigenthumsrecht gelten, und welche demgemäß hier ein solches gar nicht annimmt, kann wenigstens der Vorwurf der Principlosigkeit nicht gemacht werden, und es dürfte selbst die Vorliebe der germanischen Völker für dieselbe aus bereits entwickelten Gründen vollkommen gerechfertigt sein. — Man darf sich also durch die unklare Ausdrucksweise unseres Artikels 2279 nicht, wie so vielfach geschehen ist, dazu verleiten lassen, ihm den Sinn beizulegen, es gelte bei Mobilien kraft einer Rechtsvermuthung der Besitzer als wirklicher Eigenthümer; so aufgefaßt ist der Artikel prinziplos und mit sich selbst im Widerspruch. Der Artikel verfügt vielmehr, bei Mobilien soll der Besitz statt des Eigenthums gelten, d. h. ein wahres Eigenthum hier gar nicht Statt finden und, so weit es sich rein um die dinglichen Beziehungen zu der Sache handelt, seine Stelle durch den Besitz vertreten werden.

(Schluß folgt.)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. | No. 7. | Mannheim, 15. Februar 1851.

I.

Ueber das sogenannte Eigenthum an beweglichen Sachen.

(Fortsetzung statt Schluß.)

Damit kann und soll aber keineswegs geläugnet werden, daß wir auch bei Mobilien zu unterscheiden haben, ob der Besitzer einer beweglichen Sache sie in Folge eines Rechts oder ohne Recht besitzt, und ob im ersten Falle sein Recht ein beschränktes oder ein unbeschränktes ist. Aber die Berechtigung an der Sache ist doch nie eigentliches Eigenthum, da ihr nach unserm Artikel die mit dem Wesen des wahren Eigenthumsrechtes unzertrennlich verbundene dingliche Verfolgbarkeit abgeht. Es wäre deßhalb wohl besser gewesen, wenn die Verfasser des C. c. das unumschränkte Recht an einer Mobilie, das nur in seinem innern Gehalte, aber nicht in seiner äußern Verfolgbarkeit mit dem Eigenthum an Immobilien übereinstimmt, mit irgend einem andern Namen als dem des Eigenthums belegt hätten. Da aber sowohl das Gesetz, als sämmtliche Schriftsteller konstant den Sprachgebrauch befolgen, auch das unbeschränkte Recht über eine Mobilie als Eigenthum zu bezeichnen, so werde ich in dem Bewußtsein, wie mißlich es ist, eine neue Terminologie zu schaffen, zwar von der alten Sitte, und wäre sie selbst eine alte Unsitte, mich nicht lossagen, aber doch dem herkömmlichen Ausdrucke „Eigenthum" immer ein „s. g." voraussetzen, um selbst in der Darstellung vor dem eben so verbreiteten als unheilvollen Irrthume zu warnen, als handle es sich hier um wahres und wirkliches Eigenthum.

Ehe ich aber in dem folgenden zur Erläuterung unseres Artikels im Einzelnen übergehe, ist hier noch die Bemerkung vorauszuschicken, daß derselbe nur auf diejenigen Rechtsverhältnisse sich bezieht, welche an körperlichen, und zwar an einzelnen körperlichen beweglichen Sachen statt finden. Beide Beschränkungen liegen in der Natur der Sache. Der Artikel ist dazu bestimmt, die dingliche Berechtigung an Mobilien zu reguliren, er kann also natürlich nicht auf unkörperliche Sachen, d. i. Rechte bezogen werden, welche gar nicht Gegenstand einer derartigen Berechtigung sein können. Die regelmäßig als Ausnahme dieser allgemeinen Regel angeführte Beziehung unseres Artikels auf Papiere auf Inhaber*) ist zwar an sich richtig, aber nicht eine Ausnahme, sondern eine Anwendung der Regel. Es handelt sich hier nämlich nicht um ein s. g. Eigenthum an dem Forderungsrecht, was ein leeres Spiel mit Worten ist, sondern um das s. g. Eigenthum an der körperlichen, über die Forderung ausgestellten Urkunde, an welcher gerade hier die dingliche Berechtigung von der größten Wichtigkeit ist, da von ihr die Möglichkeit der Besitzerlangung, von dem Besitz aber in der Regel die Möglichkeit der Geltendmachung des Forderungsrechtes abhängig ist. So wenig unser Artikel auf unkörperliche Sachen, ebenso wenig kann er auf eine s. g. juristische Gesammtheit von Sachen, namentlich also nicht auf ein ganzes aus Mobilien bestehendes Vermögen bezogen werden, da hier nur diese lediglich in der Vorstellung beruhende Gesammtheit in Betracht kommt, an welcher als an einem nur vorgestellten Dinge die Rechtsverhältnisse natürlich in ganz anderer Weise, als an körperlich existirenden Dingen geordnet sein müssen. — Wenn wir aber die Anwendbarkeit des Art 2279 C. c. einer Seits in der bisher ausgeführten Weise beschränken, so muß doch anderer Seits seine unbedingte Geltung für alle körperlichen beweglichen Sachen behauptet werden, obgleich der Artikel sich des Ausdrucks »meubles« bedient,

*) Vergl. z. B. Tropl. de la prescript. II., No. 1065. Vaz. des prescript., No. 670.

unter welchem nach den in Art. 533 C. c. gegebenen Definition gewisse körperliche Mobilien nicht verstanden werden sollen. Trotz dieser beschränkenden Definition des Art. 533 C. c. muß der Ausdruck »meubles« in unserm Artikel dennoch ganz unbeschränkt auf alle körperliche Mobilien bezogen werden, wenn man dem Gesetzgeber nicht die äußerste Absurdität unterschieben will. Diese Auslegung des Art. 2279 C. c. ist, wie sie allgemein angenommen wird, um so unbedenklicher, als der Gesetzgeber selbst auch noch an andern Stellen des Gesetzes den in Art. 533 bestimmten Sprachgebrauch verlassen und z. B. in Art. 2101 mit dem Ausdrucke »meubles« schlechthin alle Mobilien, sogar die unkörperlichen umfaßt hat.*) Diese zuletzt berührte Schwierigkeit fällt übrigens für das badische Landrecht nach der Uebersetzung der Art. 533 und 2279 weg, einer der seltenen Fälle, in welchen die deutsche Copie das französische Original an Korrectheit übertroffen hat.

Wenden wir uns nun zur Erläuterung unseres Art. 2279 im Einzelnen, so tritt uns zunächst die Frage entgegen, was hier unter dem Besitze, welchem er eine so außerordentliche Wichtigkeit beilegt, zu verstehen sei. Die Frage wird von dem ausführlichsten französischen Schriftsteller in dieser Lehre, von Troplong**) ohne eigentliche Gründe in so schwankender Weise entschieden, daß seine Aeußerungen kaum den ehrenvollen Namen einer Entscheidung verdienen. Der Faustpfandgläubiger soll nämlich nach Troplong allerdings auf den Art. 2279 sich berufen können, nicht aber derjenige, der lediglich nur in fremdem Namen eine Detention ausübe, wie z. B. der Depositar; und doch kann bei dem erstern um nicht mehr von einem eigentlichen juristischen Besitz die Rede sein als bei dem zweiten! da auch Bazeille***) in einer gleich unsichern Weise sich ausspricht, und die meisten andern Schriftsteller diesen wichtigen Punkt sogar mit völligem Stillschweigen übergehen, so müssen wir hier, von allen äußern Autoritäten verlassen, mit eignen Kräften einen Weg zur Beantwortung der aufgeworfenen Frage uns zu bahnen suchen. Was zunächst die Worte des Gesetzes anbelangt, so ist der in demselben gebrauchte Ausdruck »possession« durchaus nicht entscheidend, da mit diesem Worte in unserem Gesetzbuche bekanntlich ebenso häufig der s. g. juristische Besitz cum animo rem sibi habendi, als die blose Detention bezeichnet wird, welch letztere Bedeutung, um nur die entscheidendsten Stellen zu erwähnen, sogar in dem von dem juristischen Besitz selbst handelnden Kapitel in Art. 2230, 2231, 2236 vorkommt. Nach den hier allein maßgebenden innern Gründen aber glaube ich, daß man unter Besitz in unserer Lehre lediglich die Detention, das einfache Factum des physischen Innehabens ohne Rücksicht auf eine bestimmte Willensrichtung zu verstehen hat.

Würde man umgekehrt zur Anwendbarkeit unseres Grundsatzes juristischen Besitz des Innehabens verlangen, so wäre eine Untersuchung über die Modalitäten des Innehabens unvermeidlich, ob ursprünglich der Besitz der Sache cum animo rem sibi habendi oder mit der Absicht, sie für einen andern innezuhaben, ergriffen, und ob im letztern Falle nicht nachträglich diese Absicht in den animus rem sibi habendi verwandelt worden sei. Diese bei der gegnerischen Meinung unvermeidlichen Untersuchungen stehen aber mit dem ganzen Geiste unseres Grundsatzes in so schroffem Widerspruche, daß schon um deßwillen allein jene Meinung verworfen werden muß. Weil der Verkehr mit Mobilien nur ganz flüchtige, häufig schon vom nächsten Augenblicke zerstörte Spuren hinter sich zurückläßt, soll, um auch hier einen sichern Ruhepunkt zu gewinnen, der Besitz statt Eigenthums gelten; wie verträgt es sich aber damit, die Beschaffenheit dieses Besitzes in den oben angedeuteten Richtungen erst weitläufig zu untersuchen? wobei ganz dieselben Unzuträglichkeiten unvermeidlich wären, wie bei der Untersuchung über das Eigenthum selbst. Ueberdieß muß die gegnerische Meinung, es könne zwar wohl der juristische Besitz, nicht aber die blose Detention bei Mobilien statt Eigenthums gelten, mit der Grundlage, auf welche sie leicht ersichtlich basirt, die aber ihrer Seits ganz unhaltbar ist, nothwendig zusammen fallen. Sie beruht nämlich offenbar auf der Vorstellung, der Besitz vertrete bei Mobilien nicht sowohl das Eigenthum, als er gelte vielmehr kraft einer Fiction als wirkliches Eigenthum; diese Fiction sei aber nur bei dem juristischen Besitz, nicht bei der blosen Detention denkbar, da die Erlangung jenes, wie sie die Absicht, Eigenthümer zu werden, voraussetze, so auch wenigstens möglicher Weise eine Realisirung jener Absicht enthalten könne, während bei dieser beides umgekehrt sich verhalte. Ich habe bereits oben die völlige Verkehrtheit der Vorstellung nachzuweisen

*) Vergl. auch Troplong de la prescript. II., No. 1064.

**) De la prescript. II., No. 1060.

***) Des prescript., No. 674.

gesucht, als gelte bei Mobilien der Besitz kraft einer Fiction als wahres Eigenthum. Ist aber der Art. 2279 nicht in diesem, sondern in dem früher erläuterten Sinne aufzufassen, daß bei Mobilien gar kein wahres Eigenthumsrecht stattfindet und dessen Stelle hinsichtlich der dinglichen Beziehungen zu der Sache durch den Besitz vertreten wird, so können wir hier unter Besitz offenbar nur das einfache physische Innehaben verstehen, ohne Rücksicht auf die damit verbundene Willensrichtung, da ja hier das eigentliche Eigenthumsrecht ganz ausgeschlossen bleiben und durch das rein äußerliche Verhältniß des Innehabens ersetzt, keineswegs aber ein dem Eigenthum mehr oder weniger nahestehendes thatsächliches Verhältniß kraft einer Fiction als wirkliches Eigenthum angesehen werden soll.

Vertritt nun ohne Weiteres bei Mobilien das einfache physische Innehaben das Eigenthum ohne Zuläßigkeit eines Gegenbeweises, so ergibt sich daraus mit Nothwendigkeit die schon öfters hervorgehobene Folge, daß derjenige, welcher den Besitz einer Mobilie verliert, in der Regel und abgesehen von der in §. 2 des Art. 2279 C. c. enthaltenen Ausnahmen auch das s. g. Eigenthum verliert; oder in einer den Anforderungen der Logik mehr entsprechenden Weise ausgedrückt, er hatte nur den Besitz, nicht ein bei Mobilien gar nicht vorkommendes volles Eigenthumsrecht und hat nun den nicht dinglich zu verfolgenden Besitz verloren, hat also überhaupt nicht mehr einen dinglich geschützten Rechtsanspruch auf die Sache. Wohl aber kann ihm gegenüber demjenigen, auf welchen unmittelbar der Besitz der Sache überging, ein obligatorischer Anspruch auf Herausgabe derselben zustehen, gestützt auf irgend einen der überhaupt möglichen Entstehungsgründe von Obligationen, Vertrag, Quasicontrakt, Delict, Quasidelict oder auch unmittelbar das Gesetz, da bekanntlich nicht alle unmittelbar auf diesem beruhenden Obligationen in dem französischen Recht unter eine der zuletzt genannten Kategorien subsumirt werden. Troplong*) nennt diese Möglichkeit ein zu Gunsten des bisherigen Besitzers resp. Eigenthümers gegenüber dem ersten neuen Besitzer fortdauerndes Eigenthum und spricht demgemäß von einer Eigenthumsklage, während er freilich der Sache nach in allen von ihm erörterten Fällen immer eine Obligation als Fundament der Klage hinstellt. Ich habe schon oben versucht, die theoretische Unzulänglichkeit dieser Auffassungsweise zu zeigen, indem sie scheinbar von dem Begriffe eines wirklichen Eigenthumsrechtes ausgehend zu Folgerungen gelangt, welche mit diesem Begriffe absolut unvereinbar sind. Aber selbst für das praktische Bedürfniß dürfte jene Anschauungsweise zu mißbilligen sein, indem sie, wenn gleich ihr Urheber in seinen Resultaten sich zu keinen Irrthümern verleiten ließ, doch das Fundament der Klage in einem zweideutigen Lichte erscheinen läßt, halb als das dingliche Eigenthumsrecht, halb als ein rein obligatorisches Forderungsrecht. In dem letzteren liegt vielmehr ausschließlich das Klagfundament, so daß bei Begründung der Klage darauf allein Rücksicht zu nehmen ist, und die eigentlich gar nicht mögliche Frage, ob der nicht besitzende Kläger wahrer Eigenthümer sei, ganz unberührt bleiben kann und muß. Der Kläger kann höchstens während seiner Besitzzeit die Totalität aller denkbaren Befugnisse über die Sache (die innere Seite des wahren Eigenthums) gehabt haben, die Möglichkeit, diese auch jedem Dritten gegenüber geltend zu machen (die nach außen gekehrte Seite des Eigenthums) kommt ihm nach französischem Rechte nie zu, und doch würde gerade dieses in dem wirklichen Eigenthum allerdings gelegene, in der Berechtigung an einer Mobilie aber, selbst der vollständigsten, niemals enthaltene Moment hier, wo es sich um die Verfolgung einer solchen gegen einen fremden Besitzer handelt, allein in Betracht kommen. Wer also eine bewegliche Sache verliehen, vermiethet, deponirt hat, der hat dem Entlehner gegenüber nur das betreffende Vertragsverhältniß darzuthun, um die Sache zurückfordern zu können, und die Frage ob ihm ein s. g. Eigenthum an dieser Sache jemals zugestanden habe, ist eben so überflüssig wie selbst ihre bejahende Beantwortung dem Kläger nichts helfen könnte, da dem s. g. Eigenthum an Mobilien die dingliche Verfolgbarkeit abgeht, mit dem Verlust des Besitzes also auch nothwendig jedes andere früher etwa vorhandene Recht verloren ist und höchstens noch ein obligatorischer Anspruch begründet sein kann. Diese Ansicht findet ihre vollkommene Bestätigung in Art. 1938 C. c., wornach für das Rückforderungsrecht des Deponenten ausdrücklich die s. g. Eigenthumsfrage gänzlich zurückgewiesen, und eine über den Hinterlegungsvertrag hinausgreifende Untersuchung ausnahmsweise nur für den Fall angeordnet wird, wenn die deponirte Sache als eine gestohlene bezeichnet wird, gerade der Fall, in welchem überhaupt bei Mobilien eine dingliche Klage allein vorkommt. Ebenso entspricht es diesen Grundsätzen vollkommen,

*) De la prescript., No. 1043 ff.

wenn nach Art. 2102 das Recht des nichtbesitzenden s. g. Eigenthümers der Sache durch die wenigstens bis zu gewissem Grade dinglich wirkenden speciellen Vorzugsrechte ausgeschlossen wird, deren Gegenstand die Mobilie etwa in der Hand des actionellen Besitzers geworden ist. Die gleichen Grundsätze müssen natürlich bei völliger Gleichheit der Gründe auch dann eintreten, wenn der bisherige Besitzer und s. g. Eigenthümer einer Mobilie den Besitz derselben an einen andern verloren hat in Folge eines Quasicontrakts oder Delicts oder Quasidelicts oder unter solchen Umständen, daß dadurch für den jetzigen Besitzer unmittelbar kraft Gesetzes eine obligatorische Verbindlichkeit zur Rückgabe der Sache entstand, wie z. B. die Verbindlichkeit dessen, welcher kraft Gesetzes den Mißbrauch an der Sache eines andern erhält, diese Sache nach beendigtem Mißbrauche jenem zu restituiren.

Allen diesen Grundsätzen scheint aber Art. 1926 unseres Gesetzbuches zu widersprechen, wornach derjenige, welcher bei einer vertragsunfähigen Person seine Sache deponirte, dann wenn die Sache noch in natura bei jenem vorhanden ist, die rei vindicatio auf Herausgabe derselben, ist sie irgendwie bereits consumirt, eine condictio auf Restitution dessen haben soll, um was der vertragsunfähige Empfänger bereichert ist. Die Vorschrift dieses Artikels kann im Allgemeinen keine Schwierigkeit machen. Der vertragsunfähige Empfänger ist eben wegen dieser Vertragsunfähigkeit nicht eigentlicher Depositar geworden und nicht durch den blos beabsichtigten, aber nicht zu Recht bestehenden Hinterlegungsvertrag zur Rückgabe verpflichtet; er besitzt aber doch ohne allen Grund und es müssen also Rechtsmittel gewährt werden, mit welchen man die ohne Rechtsgrund in seinen Besitz übergegangene Sache wieder von ihm abholen kann. Bei der Construction dieser Rechtsmittel sind die Verfasser des C. c. offenbar der Autorität des römischen Rechts gefolgt, wie das namentlich die auf Herausgabe der Bereicherung gerichtete condictio zeigt, die eintreten soll, wenn der vertragsunfähige Empfänger die Sache nicht mehr in natura besitzt. Diese Entscheidung entspricht ebensosehr den Anforderungen der Gerechtigkeit, wie den allgemeinen Grundsätzen des positiven französischen Rechts, die hier mit denen des römischen Rechts übereinstimmen. Dagegen haben die Verfasser unseres Gesetzbuches, durch die Autorität ihres Führers verleitet, die Entscheidung für das andere Glied ihrer alternativen Voraussetzung minder glücklich getroffen; hier haben sie nur das endlich zu erreichende Ziel, die Rückgabe der noch vorhandenen Sache an den Deponenten, richtig im Auge gehabt, aber zur Erreichung dieses Resultates ein Mittel angegeben, das zwar wohl zu den allgemeinen Prinzipien des römischen Rechts paßt, aber mit denen des französischen Rechts offenbar in Widerspruch steht. Nach diesem findet nämlich an Mobilien ein wirkliches Eigenthum nicht statt, und es kann also auch von einer rei vindicatio einer nur dem wahren Eigenthumsrechte entsprechenden Klage, hier die Rede nicht sein. Der zit. Artikel bleibt sich selbst nicht getreu, indem er die s. g. rei vindicatio nur gegen den vertragsunfähigen Empfänger selbst, sofern dieser noch im Besitz ist, nicht aber gegen den spätern Besitzer zuläßt, eine Beschränkung, die mit dem Wesen derjenigen Klage, welche man sonst rei vindicatio nennt, und welche allein diesen Namen verdient, schlechthin unvereinbar ist. Ich scheue mich deßhalb nicht, die betreffende Vorschrift des Art. 1926 C. c. geradezu für einen Fehler zu erklären, der, wie manche andere, unser Gesetzbuch nicht verunzieren würde, wenn die Verfasser rechtzeitig der ganzen Tragweite der von ihnen angenommenen Prinzipien über die Rechtsverhältnisse an Mobilien sich bewußt gewesen wären, statt während des ganzen Laufes ihrer Arbeit diese Prinzipien halbwegs durch römische Ansichten verdunkeln zu lassen, und sie nur erst zum Schluß außer allem systematischen Zusammenhang ausdrücklich zu sanctioniren. In dem hier erörterten Falle hat der Deponent nicht eine nach den allgemeinen Grundsätzen des französischen Rechts unmögliche Eigenthumsklage, sondern die Klage, deren er sich zu bedienen hat, ist eine rein auf obligatorischen Grund beruhende condictio sine causa.

Weit weniger erheblich als der Entwurf, welchen ich soeben zu widerlegen suchte, ist eine Einwendung, welche man aus Art. 2102, No. 4, ableiten möchte. Hier wird Demjenigen, welcher ohne Borgfrist eine Mobilie verkauft hat, neben dem Vorzugsrecht für den rückständigen Kaufpreis, nach seiner Wahl auch noch eine s. g. Vindikation der verkauften Sache selbst eingeräumt. Diese Bestimmung ist jedenfalls höchst singulär, da der Käufer durch die zu dem Vertrage hinzugekommene Tradition unbedingt Eigenthum an der gekauften Sache erworben hat, soweit solches überhaupt an Mobilien möglich ist. Auf diesen Artikel und den in demselben gebrauchten Ausdruck „Vindikation" kann man sich also in keinem Falle stützen, um zu beweisen, nach französischem Rechte könne derjenige, welcher den Besitz seiner Mobilie aufgab, dennoch s. g. Eigenthum

und eine dingliche Klage auf Wiedererlangung derselben haben; der Verkäufer, welchem in Art. 2102, No. 4, eine s. g. Vindikation zugestanden wird, verdankt diese nicht einem Eigenthumsrecht, das, soweit es bestand, längst auf den Käufer übergegangen ist, sondern unmittelbar dem Gesetz, und die ganze Stelle ist demnach für unsere Frage völlig irrelevant.

Noch bleibt bei unserem Grundsatze, der gewesene Besitzer und sogenannte Eigenthümer einer Mobilie kann dieselbe von dem jetzigen Besitzer nur aus einem obligatorischen Grunde, nicht aber mittelst einer Eigenthumsklage abholen, die interessante Frage zu erörtern übrig, steht hier der zurückfordernde frühere Besitzer schlechthin einem gewöhnlichen hyrographarischen Gläubiger gleich, oder kann er selbst im Concurse des jetzigen Besitzers seine Sache ungeschmälert herausverlangen? Die strenge Consequenz scheint für das erste zu sprechen, gleichwohl dürfte aber nach dem Geiste des französischen Rechts die zweite Ansicht den Vorzug verdienen, der ihr auch meines Wissens in der Theorie und Praxis allgemein zugestanden ist. Wenn gleich nämlich der volle Begriff des Eigenthums, namentlich die nach Außen gekehrte Seite desselben auf Mobilien keine Anwendung findet, so ist doch auch hier begreiflicher Weise zu unterscheiden, ob der actuelle Besitzer, welcher factisch alle Rechte über die Sache ausübt, auch von Rechtswegen dazu befugt ist, oder ob die Sache eigentlich einem andern zugehört, sollte dieser auch nur obligatorische, keine dinglichen Rechtsmittel zur Wiedererlangung derselben haben. Ist jenes letztere der Fall, so gehört die Sache selbst in das Vermögen des nichtbesitzenden Berechtigten, und nicht in die Concursmasse des nichtberechtigten Besitzers, da sie lediglich factisch unter den Sachen des letzteren sich befindet. Die Wirkung dieser materiellen Wahrheit kann dadurch nicht gelähmt werden, daß der Berechtigte sein Recht nur in Form eines obligatorischen Anspruchs geltend machen kann, ähnlich wie wir in unserm gemeinen deutschen Prozesse die s. g. Vindikanten auch dann, wenn sie nicht mit der eigentlichen rei vindicatio, sondern mit einer ihrer Lage entsprechenden Kontractsklage auftreten, ihre Sonderrechte ausüben lassen und sie nicht zur Theilnahme an dem sie nicht berührenden Concurse nöthigen. Für Baden ist das Absonderungsrecht des s. g. Eigenthümers der Mobilie ausdrücklich anerkannt durch die Pr.O. §. 878 – 880.

Wie uns der allgemeine Grundsatz des französischen Rechtes, bei beweglichen Sachen gilt der Besitz statt Eigenthums, auf der einen Seite zu der unvermeidlichen Folgerung geführt hat, daß mit dem Verlust des Besitzes regelmäßig auch der Verlust der dinglichen Klage auf Wiedererlangung der Mobilie verbunden ist, so ergibt sich aus dem gleichen Grundsatz mit der nämlichen logischen Nothwendigkeit auch die andere Consequenz, daß ein dinglich geschütztes Recht an einer Mobilie nur durch Besitzerlangung entstehen kann. Dieser Regel scheinen zwar die allgemein gefaßten Art. 1138 und 1583 C. c. zu widersprechen, welche ohne Unterscheidung zwischen Mobilien und Immobilien den Rechtsübergang unmittelbar in den Moment der Perfection des rechtsübertragenden Vertrags setzen, und ebenso scheinen die Art. 565 ffg. C. c. vorauszusetzen, daß an Mobilien auch ohne Besitz durch Accession eine dingliche Berechtigung entstehen könne. Da aber die obige Regel eine ganz unvermeidliche Consequenz des allgemeinen in Art. 2279 C. c. aufgestellten Grundsatzes ist, so müssen, wie auch allgemein wenigstens der Sache, wenn gleich nicht immer den Worten nach zugegeben wird,*) die beiden zuerst zitirten Artikel auf Immobilien beschränkt werden, und die letzterwähnten finden ihre Anwendung in den noch weiter unten zu erörternden Ausnahmsfällen, in welchen auch Mobilien von dem Nichtbesitzer dinglich verfolgt werden können. Nur über den Art. 1583 will ich mir noch eine kurze Bemerkung erlauben. Er sagt, der Kaufvertrag bewirkt für sich allein und ohne hinzukommende Tradition oder andere Formalität im Verhältniß zwischen dem Verkäufer und dem Käufer den Eigenthumsübergang; er wird aber in seiner Anwendung auf Immobilien von den Auslegern des französischen Rechts ziemlich übereinstimmend**) dahin ausgelegt, daß durch den blosen Vertrag schlechthin auch in Beziehung auf Dritte das Eigenthum übertragen werde. Ich bin weit entfernt, diese nach dem rein französischen Rechte gewiß richtige Ansicht angreifen zu wollen, und verweile bei dem zit. Artikel nur darum, weil er mir einen merkwürdigen Anklang an germanische Rechtsvorstellungen zu enthalten scheint. Es ist einer der characteristischsten Unterschiede des germanischen Rechts von dem römischen, daß in jenem die Rechte an Sachen gewisser-

*) Vergl. z. B. Dur. cours d. dr. fr. X., No. 431, XVI., No. 22. Zach. Handb. d. frz. C.R. §. 180, 181. Tropl. de la vente I., No. 42.

**) Vergl. z. B. Troplong de la vente I., No. 43 ffg. Duranton, cours de droit français t. XVI., No. 19. Zach. Handb. d. frz. C.R. § 180, 349.

maßen in zwei verschiedene Rechtsverhältnisse aufgelöst sind, die nicht immer und nothwendig mit einander verbunden sind, eines zur Firirung der Befugnisse der Person über die Sache, das andere zur Regulirung ihrer Beziehungen zu Dritten Personen, d. i. die Möglichkeit der dinglichen Klage. Diese Vorstellung liegt offenbar auch dem Art. 1583 zu Grunde, indem er von einem Eigenthumsübergang im Verhältniß zwischen dem Verkäufer und dem Käufer spricht und also nothwendig voraussetzt, der Eigenthumsübergang könne dritten Personen gegenüber möglicher Weise noch nicht bewirkt sein, d. h. dem Käufer diesen gegenüber der dingliche Schutz noch fehlen. Diese Vorstellung ist mit dem römischen Begriff von Eigenthum, welchen das französische Recht bei Immobilien sich vollständig angeeignet hat, durchaus unvereinbar und ist auch in dieser Beziehung in dem C. c. ohne Wirkung geblieben; sie wirft aber doch ein Licht auf den Standpunkt, welchen die Verfasser desselben, wenn auch vielleicht nicht mit klarem Bewußtsein, eingenommen haben, und der bei der Berechtigung an Mobilien, wo man sich von den römischen Begriffen losgesagt hatte, zu seiner vollen Geltung gelangt ist. Hier sind die innere Berechtigung an der Sache und die nach Außen gerichtete Möglichkeit der dinglichen Verfolgung derselben durchaus getrennt und damit der Begriff eines wahren Eigenthums verloren.

Nehmen wir nun den Grundsatz als feststehend an, daß an Mobilien eine dinglich geschützte Berechtigung nur durch den Besitz erlangt werden kann, so wird es nach den früheren Erörterungen über die Bedeutung des Besitzes in der hier in Frage stehenden Beziehung keinem Zweifel unterliegen, daß zu dem obigen Zwecke nur das wirkliche physische Innehaben der Sache genügend ist. Dieses genügt an und für sich, selbst wenn es nicht mit dem animus rem sibi habendi verbunden ist, um den actuellen Besitzer vor dinglicher Ansprache zu schützen; er hat aber freilich, so fern sein Wille darauf gerichtet ist, für einen andern zu besitzen, eine positive Berechtigung an der Sache nicht erworben, weil sein Wille nicht nur nicht darauf gerichtet, sondern dem sogar gerade entgegengesetzt ist. In einer andern Beziehung zeigt es sich aber doch auch hier, daß der sog. juristische Besitz in unserer ganzen Lehre völlig irrelevant ist. Der juristische Besitz als solcher nämlich, wenn er nicht mit dem physischen Innehaben verbunden, also z. B. nur durch einen Stellvertreter ergriffen und ausgeübt ist, genügt nicht zur Begründung einer dinglichen Berechtigung. Es wird dieser Punkt, da er zu allem Ueberfluß auch noch durch Art. 1141 C. c. mit einer freilich eigenthümlichen, gleich nachher näher zu würdigenden Beschränkung seine Bestätigung findet, ziemlich übereinstimmend von allen Schriftstellern zugegeben *); ganz unzulänglich scheint mir aber die von Troplong dafür gegebene Erklärung, jene Entscheidung beruhe darauf, weil der durch Stellvertreter ausgeübte Besitz nicht hinlänglich deutlich und erkennbar sei, wobei er wohl an die Vorschrift des Art 2229 C. c. denkt, als Besitz könne nur ein ganz unzweideutiges Innehaben in Betracht kommen. Es ist aber ganz unrichtig, daß jeder nur durch Stellvertreter ausgeübter Besitz etwas Unsicheres sei, und es beruht unsere Regel vielmehr einfach darauf, daß es hier nicht auf den sog. juristischen Besitz als solchen, sondern nur auf das wirkliche physische Innehaben ankommt. Bei dieser Auffassungsweise erscheint der Art. 1606 C. c., welcher zu bestimmen sucht, worin die Ueberlieferung einer verkauften Sache zu bestehen habe, als überflüssig und sogar als schädlich, indem er möglicher Weise zu Irrthümern Veranlassung geben kann.

Müssen wir nämlich aus Art. 1141 u. 2279 folgern, daß zur Entstehung eines dinglich geschützten Rechtes an Mobilien Tradition nothwendig ist, und werden wir durch Art. 1606 darüber belehrt, wann eine solche als geschehen anzunehmen sei, so sollte man denken, die dingliche Berechtigung an der Sache sei entstanden, sobald eine der in Art. 1606 gesetzten Bedingungen erfüllt sei, also unter andern auch dann, wenn nach geschehenem Verkaufe der Verkäufer seinen bisherigen juristischen Besitz in eine Namens des Käufers ausgeübte Detention verwandle. Dem ist aber nicht so; der Käufer erlangt vielmehr erst durch die physische Innehabung ein dinglich geschütztes Recht an der Sache. Der Art. 1606 enthält nur eine durchaus überflüssige, rein factische Auseinandersetzung, wann von Seiten des Verkäufers der Verkauf der Mobilie durch Ueberlieferung derselben als vollzogen angesehen werden könne. Die Aufzählung dieser Fälle ist, wie allgemein zugegeben wird **), unvollständig und mußte es fast nothwendig bleiben, da die unendliche Mannigfaltigkeit factischer Verhältnisse sich nicht wohl zum Voraus übersehen

*) Vergl. z. B. Dur. cours d. dr. fr. XI., No. 431. Tropl. de la prescript. II., No. 1062.

**) Vergl. z. B. Tropl. de la vente I., No. 282 — 284. Zach. Handb. d. frz. C.R., §. 354.

läßt; der Artikel wäre deßhalb am besten ganz weggeblieben. Wenn übrigens Troplong *), welcher, wenn auch nicht in den Gründen, doch in dem Resultate mit den bisherigen Ausführungen übereinstimmt, die Ansicht ausspricht, in der Ueberlieferung der Besitztitel des Verkäufers sei eine zur Begründung der dinglichen Berechtigung des Käufers genügende Tradition enthalten, so scheint mir dies auf einem Irrthum zu beruhen; der Käufer kann sich hier in der That noch nicht die physische Herrschaft über die Sache beilegen, und außer dieser Voraussetzung hat er kein dinglich geschütztes Recht.

Der Erwerber einer Mobilie hat vor der Besitzerlangung noch keine dingliche Berechtigung an derselben; kann er aber trotz seines blos obligatorischen Anspruchs auf Ueberlassung derselben bei dem Concurs des Veräußerers dennoch sich lediglich an die Sache halten, als an einen materiell bereits in sein Vermögen übergegangenen Gegenstand, oder muß er sich als einfacher chyrographarischer Gläubiger in den Concurs einlassen? Für die erste Ansicht streitet die Analogie des Verhältnisses desjenigen, welcher ohne seine Rechte an der Sache aufzugeben, den Besitz derselben einem andern überläßt und im Concurse dieses Besitzers trotz seines nur obligatorisch begründeten Rückforderungsrechtes, dennoch unter den sog. Vindikanten auftreten kann; und eben so dürfte der Standpunkt, welchen der C. c. in der Lehre von den Rechten an beweglichen Sachen einnimmt, indem er die innere Berechtigung an der Sache und die Möglichkeit ihrer dinglichen Verfolgung unterscheidet, jener Ansicht das Wort reden. Diese Gründe scheinen mir denn auch genügend, um den Erwerber einer Mobilie auch vor der Tradition beim Concurse des Veräußerers unter die sog. Vindikanten zu verweisen, obgleich mir auch hier die bedeutende Autorität von Troplong **) entgegensteht, welcher aber freilich die entgegengesetzte Ansicht durch ein Zitat aus Bourjon mehr nur andeutet, als unter Widerlegung einer abweichenden Ansicht begründet.

Da der Erwerber einer beweglichen Sache erst durch die Besitzerlangung ein dinglich geschütztes Recht erwirbt, so ergibt sich daraus die Folgerung, daß von zweien, welche nach einander von demselben Veräußerer eine Mobilie erwerben, derjenige vorgeht, welcher den Besitz erlangte, sollte auch sein Erwerbtitel der spätere sein. Dieß wird auch durch Art. 1141 C. c. anerkannt, aber mit der Beschränkung, daß dem Besitzer dieser Vorzug nur dann zukommen solle, wenn er sich wenigstens zur Zeit der Besitzerlangung (so ist wohl der Art. zu verstehen) in gutem Glauben befunden habe. Daraus leiten die französischen Schriftsteller ziemlich übereinstimmend den Grundsatz ab, der Besitz einer Mobilie schütze überhaupt nur sofern er in gutem Glauben bestehe, gegen die dingliche Klage auf Herausgabe derselben *), wogegen Zachariä **), wie ich glaube, mit mehr Recht für die entgegengesetzte Ansicht sich entschieden hat, daß der Art. 1141 C. c. als eine Singularität aufzufassen sei und nicht über den Fall ausgedehnt werden dürfe, auf welchen er direct sich bezieht. Der gegnerischen Meinung liegt offenbar die Rücksicht auf eine vermeintliche Billigkeit zu Grunde, auf welche man wie die Regel selbst, daß bei Mobilien der Besitz statt Eigenthums zu gelten habe, so auch die hier in Frage stehende Beschränkung derselben zu stützen sucht. Beides ist aber gleich unrichtig; das erste habe ich schon oben nachzuweisen gesucht; zur Begründung des zweiten Punktes möge Folgendes dienen. Auf Mobilien findet der Begriff des Eigenthums, wenigstens in der vollen Bedeutung, wie sie ihm bei Immobilien zukommt, keine Anwendung; bei jenen fehlt vielmehr dem s. g. Eigenthümer eines der wesentlichsten, in dem wahren Eigenthum enthaltenen Rechte, nämlich die dingliche Klage zum Schutz seines Rechtes; diese fehlt ihm nicht aus Billigkeitsrücksichten gegen den gegenwärtigen Besitzer, weil es diesem vielleicht schwer halten möchte, seinen Erwerbtitel und den seines Autors u. s. f. genügend zu erweisen, sondern sie fehlt ihm, weil sein Recht überhaupt kein wahres Eigenthumsrecht ist, für welches Mobilien als ein zu schwächliches Substrat angesehen worden. Da also dem nicht besitzenden s. g. Eigenthümer die dingliche Klage schon dem strengen Rechte nach abgeht, kann sie in einem einzelnen Falle nicht dadurch begründet werden, daß in concreto der Besitzer keine Billigkeitsrücksichten verdient, der ja auch im entgegengesetzten Falle nicht wegen dieser, sondern nach strengem Rechte von der dinglichen Ansprache befreit ist. Der nichtbesitzende s. g. Eigenthümer kann, wie wir früher gesehen haben, die Mobilie von dem Besitzer nur aus einem obligatorischen Verpflichtungsgrunde des letzteren zurückfordern; ein solcher

*) De la prescript. II., No. 1062; de la vente I., No. 282.
**) De la prescript. II., No. 1062.

*) Vergl. z. B. Dur. cours d. dr. fr. IV., No. 433. XXI., No. 435. Delvinc. cours d. C. c. II., p. 614. Tropl de la prescript. II., No. 1061. Vaz. des prescript. No. 673.
**) Handb. des frz. C.R. §. 215 a., Note 6.

liegt aber nicht schon darin, daß der Erwerber einer Mobilie weiß, derjenige, von welchem er sie erwirbt, sei nur Besitzer derselben, habe aber kein Recht an ihr. Denn vermöge des Grundsatzes, bei Mobilien gilt der Besitz statt Eigenthums, hat der s. g. Eigenthümer mit dem Besitz der Sache auf seinen dinglichen Anspruch auf dieselbe aufgegeben und sich mit einem an dessen Stelle tretenden obligatorischen Rückforderungsrecht gegen denjenigen begnügt, welchem er den Besitz überließ; er kann also dem Dritten, welcher von diesem, selbst bei voller Kenntniß der Verhältnisse, die Sache erwirkt, nicht den Vorwurf eines rechtswidrigen Eingriffes in sein Recht machen, da die einzige ihm zustehende Befugniß, das obligatorische Rückforderungsrecht unangetastet bestehen bleibt. Die Vorschrift des Art. 1141 C. c., daß der spätere Erwerber und Besitzer einer Mobilie dem früheren Erwerber nur dann vorgehen soll, wenn er bona fide besitze, erscheint demnach als eine Ausnahme von der Regel, ja sogar als eine eigentliche Anomalie, d. h. als eine Abweichung von dem allgemeinen Prinzip, die nicht etwa durch die besondern Verhältnisse des Falles gerechtfertigt, sondern in der That grundlos und nur durch ein Verkennen der Tragweite des aufgestellten Prinzips veranlaßt ist. Die Unzulässigkeit einer analogen Ausdehnung versteht sich darnach von selbst. Ich wundere mich darum, daß Zachariä *), obgleich auch er sich im Allgemeinen für die hier vertheidigte Meinung erklärt, dennoch den Satz aufstellt, der nichtbesitzende s. g. Eigenthümer einer Mobilie könne, wenn der Besitzer dieser Mobilie mit derselben eine Zahlung geleistet habe, sie mit einer dinglichen Klage von dem damit bezahlten Gläubiger abfordern, sofern diese bei der Annahme der Sache in bösem Glauben sich befunden habe. Ich vermag es nicht, einen Grund aufzufinden, weßhalb gerade hier die sonst auch von Zachariä mißbilligte analoge Anwendung des Art. 1141 C. c. zulässig sein soll.

Nachdem ich in dem bisherigen die Regel des französischen Rechtes, bei Mobilien gilt der Besitz statt Eigenthums, mit ihren wesentlichen Consequenzen zu erläutern versucht habe, bleiben mir nur noch die Ausnahmen dieser Regel zu erörtern übrig, welche auf Art. 2279, §. 2 und 2280 C. c. beruhen. Darnach kann der s. g. Eigenthümer einer Mobilie, welcher dieselbe verloren hat oder dem sie gestohlen wurde, dieselbe von jedem dritten Besitzer mit einer dinglichen Klage zurückfordern. Diese Bestimmung steht mit dem Grundgedanken unserer ganzen Lehre so sehr in Einklang, daß sie kaum den Namen einer Ausnahme verdient, vielmehr als eine Consequenz des richtig aufgefaßten Prinzips selbst sich darstellt. Bei beweglichen Sachen, auf welche der volle Begriff des Eigenthums keine Anwendung findet, soll der Besitz dasselbe in so weit vertreten, als von ihm die Möglichkeit des dinglichen Schutzes abhängig gemacht ist. Darnach versteht es sich von selbst, daß dieser Besitz selbst einen dinglichen Schutz genießen muß, welcher aber, da der Besitz an sich nur ein thatsächliches Verhältniß ist und hier zunächst auch nur als solches in Betracht kommt, nur dann eintreten kann, wenn diese Thatsache ohne Rechtsgrund verletzt ist, d. h. wenn der Besitzer seinen Besitz ohne seinen Willen verloren hat, sei es durch Zufall, sei es durch die widerrechtliche Handlung eines Dritten; hat er aber den Besitz freiwillig aufgegeben, so kann er zwar Rechte an der Sache, die übrigens nur noch obligatorisch geschützt sind, sich vorbehalten haben, über eine Nichtachtung des Besitzes aber, in welcher allein das Fundament der dinglichen Klage liegt, kann er sich nicht beschweren. Aus diesen Erörterungen ergibt sich, daß die Fälle des Diebstahls oder des zufälligen Verlierens der Mobilie nur beispielsweise als solche genannt sind, in denen eine dingliche Klage gestattet ist, und daß diese unbedingt immer zulässig ist, wenn der Besitzer den Besitz ohne seinen Willen verloren hat. Ich muß deßhalb Zachariä widersprechen, wenn er *) sich zu der Ansicht bekennt, Mobilien, welche dem Besitzer durch das Wasser weggeschwemmt worden seien, könnten mit der dinglichen Klage nicht verfolgt werden, muß mich aber auch umgekehrt mit ihm gegen Troplong erklären, wenn dieser **) in dem Falle, da Jemand durch Gaunerei um seine Mobilie gekommen ist, die dingliche Klage für begründet hält. Im ersten Falle hat der bisherige Besitzer seinen Besitz offenbar eben so entschieden ohne seinen Willen verloren, wie er ihn im zweiten Falle mit seinem Willen, wenn auch in Folge einer vorangegangenen widerrechtlichen Täuschung, aufgegeben hat. Ganz unhaltbar ist die Ansicht von Toullier ***), die fragliche Klage sei auch dann zuläßig, wenn der Depositar die ihm anvertraute Sache veräußere, eine Ansicht, welche nur in dem durchaus unrichtigen Standpunkte ihre Erklärung findet, welchen diesen Schriftsteller überhaupt in unserer Lehre einnimmt. (Schluß folgt.)

*) Handb. d. frz. C.R. §. 316, Note 11.

*) Handb. d. franz. C.R., §. 215 a., Note 8.

**) De la prescript. II., No. 1069.

***) Le droit civil. t. XIV., No. 118.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. No. 8. Mannheim, 22. Februar 1851.

I.

Ueber das sogenannte Eigenthum an beweglichen Sachen.

(Schluß.)

Eine weitere Folge aus dem oben entwickelten eigentlichen Grunde der hier in Frage stehenden dinglichen Klage ist die, daß jeder Besitzer, welcher ohne seinen Willen den Besitz einer Mobilie verloren hat, diese Klage mit Erfolg anstellen kann, ohne sich auf das s. g. Eigenthumsrecht an der Sache beziehen zu müssen. Dieses erzeugt ja in der unvollkommenen Gestalt, in welcher es bei Mobilien auftritt, eine dingliche Klage nicht, erscheint also auch bei Begründung derselben vollkommen irrelevant. Ich trage demnach kein Bedenken, auch dem blosen Miether einer Mobilie, welchem dieselbe gestohlen wurde, die dingliche Klage zur Verfolgung derselben zuzugestehen, wobei es sich aber freilich von selbst versteht, daß auch der Vermiether, wie er nach Art. 1166 C. c. jedes Klagrecht seines Schuldners ausüben darf, auch dieser Klage sich bedienen kann. Diese äußerst wichtige Frage, ob der Kläger außer dem ohne seinen Willen eingetretenen Besitzverlust auch noch sein s. g. Eigenthum an der Mobilie zu beweisen habe, finde ich bei den mir zugänglichen französischen Schriftstellern nicht ausdrücklich erörtert, doch scheinen sie insgesammt, aus ihrer Ausdrucksweise zu schließen, stillschweigend von der Voraussetzung auszugehen, daß s. g. Eigenthum zur Begründung der Klage nothwendig sei.*) Eine Widerlegung dieser eigentlich nur vermutheten gegnerischen Meinung ist mir nicht möglich, da ich die Gründe derselben nicht kenne. Nur die eine Bemerkung sei mir erlaubt, daß der in Art. 2279 C. c. für die Klage gebrauchte Ausdruck „Vindikation" und die in Art. 2280 vorkommende Bezeichnung des Klägers als Eigenthümer, keineswegs für die Rechtfertigung der gegnerischen Meinung genügen, da der Sprachgebrauch des C. c. in dieser Lehre wie aus einer Vergleichung der Art. 1138, 1141, 1583, 2279, 2280, 1926, 1938, 2102, No. 4, hervorgeht, durchaus nicht von solcher Präzision ist, daß man auf einzelne vielfach nicht in ihrer eigentlichen technischen Bedeutung gebrauchte Worte eine Entscheidung bauen könnte.

Der Kläger, welcher den Besitz seiner Mobilie ohne seinen Willen verloren hatte, erlangt mit seiner dinglichen Klage, ganz dem Wesen einer solchen entsprechend, die Sache selbst, er ist zur Entschädigung, selbst des dritten Besitzers, welcher bona fide von dem Finder oder Diebe die Sache erworben haben mag, nicht verpflichtet, wird ihm dagegen allgemeinen Grundsätzen nach die auf die Sache gemachten Verwendungen übrigens mit Rücksicht auf die bona oder mala fides des Besitzers, ersetzen müssen. Art. 2279, §. 2. Der unterliegende Beklagte hat höchstens gegen seinen Autor einen Anspruch auf Evictionsleistung, insofern ein solcher nach der Beschaffenheit seines Erwerbtitels überhaupt begründet erscheint. Da aber diese Klage auf Gewährleistung nicht mit den Rechten an der Sache zusammenhängt, sondern lediglich auf einem Obligationsverhältnisse zwischen dem Beklagten und dessen Autor beruht, so ist hier nicht der Ort, näher darauf einzugehen. Ausnahmsweise muß aber der siegreiche Kläger dem dritten Besitzer gegen Herausgabe der Sache den Preis derselben ersetzen, wenn jener die Sache auf offenem Markt, in öffentlicher Versteigerung, oder bei einem mit dergleichen Sachen handelnden Kaufmanne gekauft hat. Art. 2280 C. c. Die Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsgründe dieser Ausnahme, die nothwendige Rücksicht auf die Sicherheit des

*) Vergl. z. B. Tropl. de la prescript., No. 1067 ffg. Dur. cours d. dr. fr. XXI., No. 435. Toull. le dr. civ. XIV., No. 117 ffg. Delvinc. cours de C. c. II., p. 209. Boileux commentaire sur le C. c. ad. art. 2279.

Handels und Verkehrs, liegen so nahe, daß eine besondere Ausführung darüber billig unterbleiben kann. Nur ist zu bemerken, daß die Ausnahme ihrem Grunde nach nicht eintreten wird, wenn der Käufer bei dem Kaufe mala fide war, d. h. wußte, die gekaufte Sache sei eine gestohlene oder verlorene.

Die dingliche Klage des Bestohlenen verjährt nach Art. 2279 C. c. in 3 Jahren, von dem Tage des unfreiwilligen Besitzverlustes an gerechnet. Die Ansicht von Zachariä*) und Duranton,**) es handle sich hier nicht um eine eigentliche Verjährung, sondern nur um eine einfache Frist zur Klaganstellung, scheint mir unbegründet.

Duranton stützt sich darauf, daß nach Ablauf von 3 Jahren die Klage gegen den dritten Besitzer nicht mehr angestellt werden könne, sollte auch während dieses ganzen Zeitraums der Dieb selbst im Besitz gewesen, und dieser erst am letzten Tage der Frist auf einen Dritten übergegangen sein; daß also, wolle man hier eine eigentliche Verjährung statuiren, der dritte Besitzer hier die Besitzzeit seines sicherlich nicht in conditione usucapiendi gewesenen Autors sich zurechnen dürfe, was gegen die allgemeinen Grundsätze über Verjährung verstoße. Allein das von Duranton hervorgehobene Verhältniß bleibt ganz dasselbe, mag man die 3 Jahre für eine einfache oder für eine Verjährungsfrist halten. Ueberdieß würde der Ersitzung des Diebs selbst, wenn man überhaupt hier von einer solchen sprechen will, kein anderes Hinderniß als seine mala fides im Wege stehen, die, wie aus Art. 2262 hervorgeht, nichts weniger als ein absolutes Hinderniß jeder Verjährung ist und deren hindernder Einfluß in unserm Falle erst zu beweisen wäre.

Zachariä, der aus Rücksicht auf die von ihm erstrebte Kürze hier wie in so vielen andern Fällen nur andeutungsweise spricht, scheint sich mehr auf die allerdings etwas vage Ausdrucksweise unseres Artikels zu stützen; on peut revendiquer la chose p e n d a n t t r o i s a n s. Allein die Annahme einer wirklichen Verjährung ist durch die Stellung unseres Artikels in dem Titel von der Verjährung dringend geboten, da diese, die ohnehin dem Hauptinhalte des Artikels wenig entspricht, als völlig fehlerhaft erschiene, wenn hier nicht von einer Verjährung, sondern von einer einfachen Frist zur Klaganstellung die Rede wäre.

*) Handb. d. frz. C.R., §. 215 a., Note 9.
**) Des contrats et obligations IV., No. 11'4.

Die dingliche Klage ist nach dem klaren Wortlaute des Art. 2279 C. c. in 3 Jahren gegen den dritten Besitzer der gestohlenen Sache verjährt; dagegen wird des Falles nicht ausdrücklich gedacht, wenn der Dieb oder Finder fortwährend selbst im Besitz geblieben ist, und es ist also eine durch die Wissenschaft zu beantwortende Frage, ob auch in diesem Falle die 3jährige oder ob eine andere Verjährung Platz greife. Die herrschende Meinung scheint das letztere anzunehmen*) und statuirt also gegenüber dem Diebe oder Demjenigen, welcher durch eine andere verbrecherische Handlung in den Besitz der Sache gekommen ist, eine 10-, resp. 3- oder 1jährige Verjährung, je nach dem die in Frage stehende widerrechtliche Handlung unter die Kategorie der crimes, délits oder contraventions fällt;**) und gegenüber dem Finder eine 30jährige Verjährung, da hier eine besondere kürzere Verjährungszeit nirgends vorgeschrieben sei. Ich kann diese Ansicht nicht für richtig halten. Da die Verjährung dem dritten Besitzer gegenüber weder Titel noch guten Glauben voraussetzt, so ist nicht einzusehen, warum man deren Mangel dem Finder oder dem Dieb selbst entgegenhalten sollte. Wie im Verhältniß zu jenem, so können auch im Verhältniß zu diesem für die hier in Frage stehende Verjährung nur die Voraussetzungen der einfachen Klagenverjährung gefordert werden, die bei dem Dieb selbst ganz ebenso gut eintreten können, wie bei einem dritten Besitzer. Dabei versteht es sich übrigens von selbst, daß auch nach der Verjährung der dinglichen Klage der Dieb oder der Finder ex delicto noch mit einer obligatorischen Klage belangt werden kann, insofern in seiner Besitzergreifung ein Delict enthalten ist, ganz ebenso wie unzweifelhaft auch der dritte Besitzer noch nach 3 Jahren mit einer solchen Klage angegriffen werden kann, wenn in seiner Besitznahme ein Delict, z. B. das der Diebshehlerei, liegt. Diese Delictsklage geht auf Entschädigung, also zunächst auf Herausgabe der widerrechtlich vorenthaltenen Sache selbst, sofern diese noch in natura vorhanden ist, und sie verjährt in der für Delictsklagen der betreffenden Klasse festgesetzten Zeit. Da aber das Zurückbehalten einer gefundenen Sache, selbst ohne alle Anzeige, wenigstens nach rein französischem Recht keine widerrechtliche

*) Vergl. z. B. Dur. cours de dr. fr. IV., No. 329, 330. XXI., No. 435. Delvinc. cours de C. c. II., p. 645. Vaz. de la prescript. No. 671.
**) C. d'instr-crim. Art. 637, 638, 640.

Handlung ist,*) so wird der Finder nach Ablauf von 3 Jahren, während welcher er selbst im Besitz blieb, nicht mehr belangt werden können. Nach badischem Recht, nach welchem der s. g. Funddiebstahl ein Delict ist, kann gleichwohl nach Ablauf von 3 Jahren die Sache von dem Finder mit keinerlei Klage mehr zurückgefordert werden, sofern er seinen Fund nur gehörig am Orte des Fundes bekannt gemacht hatte,**) während er im entgegengesetzten Falle nach Ablauf der 3 Jahre zwar nicht mehr mit der alsdann verjährten dinglichen, aber doch mit der obligatorischen Klage aus dem Delict des s. g. Funddiebstahls belangt werden kann.

Dr. Jolly.***)

II.

Oberhofgericht.

Ist die beim Untergericht eingereichte Anzeige der Oberappellation gegen ein hofgerichtliches Urtheil ungültig und wirkungslos?

Fiscus gegen Werner.

In einer zum abgekürzten Verfahren geeigneten Sache hat der Beklagte am siebenten Tage nach der Zustellung des hofgerichtlichen Urtheils die Oberappellation bei dem Unterrichter schriftlich angemeldet, worauf ihm, jedoch erst nach Ablauf der im §. 1206 der Pr.O. bestimmten Einführungsfrist, die Belehrung zuging, daß die Anmeldung nach §. 1188 bei großh. Hofgerichte geschehen müsse.

Später wurde denn die Oberberufung wirklich eingeführt.

Wollte man nun die Anmeldung, weil nicht am gehörigen Orte eingereicht, schlechthin als ungeschehn betrachten, so waren beide Nothfristen versäumt und keine Wiederherstellungsgründe von der im §. 1205 bezeichneten Art vorhanden, um dem Rechtsmittel noch Eingang zu verschaffen. Im Zweifel hierüber fand man es angemessen, den oberappellantischen Anwalt zur Nachweisung der Rechtzeitigkeit in die Sitzung vorzuladen.

In der auf seinen mündlichen Vortrag erfolgten Berathung ergab sich indessen eine überwiegende Majorität für die Zulassung des Rechtsmittels, welche durch oberhofgerichtliche Verfügung vom 17. Jenner 1851 ausgesprochen wurde. Man erwog nämlich, daß die Anmeldung nur deßhalb bei dem urtheilenden Richter geschehen soll, damit derselbe die Acten an die Kanzlei des Obergerichts einsende, weil ja die Einbringung der Beschwerdeschrift selbst auch ohne vorherige Anzeige der Oberappellation zulässig ist. §. 1196 und 1197.

Der Beklagte, mit den Formen des Verfahrens nicht so genau vertraut, durfte wohl erwarten, daß der Unterrichter die bei ihm eingelangte Anzeige dem großh. Hofgericht vorlegen und dieses hierauf die Einsendung der Acten an die Kanzlei des obersten Gerichtshofs beschließen, wie auch den Kläger davon in Kenntniß setzen werde. Wäre es nun so gehalten und der Libell entweder noch vor der Verfallenerklärung oder nach derselben innerhalb 8 Tagen (§. 1206) eingereicht worden, so hätte über die Zulässigkeit des Rechtsmittels kaum ein Zweifel entstehen können, weil man angenommen haben würde, daß der Fehler des Beklagten durch das nobile officium judicis in billiger und statthafter Weise verbessert sei. Und weiter davon ausgehend, daß die Anzeige weder als unerläßlich vorgeschrieben, noch die Uebergabe derselben bei dem urtheilenden Gerichte als wesentlich zu betrachten sei, wurde daher im Hinblick auf L.R.S. 6 k die von dem Beklagten bei dem Untergericht eingereichte Anzeige zur Wahrung der Frist für genügend erachtet, weil sie mindestens als Bescheinigung dafür diene, daß er auf die dritte Instanz nicht habe verzichten wollen, während dem Kläger, eben weil er von der Anzeige keine Nachricht erhalten, unbenommen geblieben sei, in Unterstellung derselben die Verfallenerklärung oder für den entgegengesetzten Fall die Rücksendung der Acten bei großh. Hofgericht zu beantragen.

Im Angesicht dieser Erwägungen hätte es als starrer Formalismus angesehen werden müssen, wenn dem Rechtsmittel nicht stattgegeben worden wäre.

D. R.

---

*) Vergl. Duranton cours de droit français IV., No. 329. 330.

**) L.R.S. 717 a.

***) Privatdocent in Heidelberg.

III.

1) **Ein Unterpfandsgläubiger, welcher in der Gant seines persönlichen Schuldners seine Ansprüche angemeldet hat, kann gleichwohl gegen den dritten Besitzer des ihm verpfändeten Grundstückes die Hypothekarklage anstellen, wenn der Besitzer das Grundstück auf andere Weise, als bei einer Zwangsversteigerung erworben und das in L.R.S. 2181 — 2195 vorgeschriebene Verfahren nicht eingeschlagen hat. Dagegen kann**

2) **der mit der Hypothekarklage belangte Besitzer, wenn er die eingeklagte Pfandschuld nicht noch bezahlen will, das Grundstück abtreten und dann das, was er davon an andere Pfandgläubiger bereits bezahlte, nach dem Range des dafür bestandenen Pfandrechts ersetzt verlangen.**

Vgl. Oberhofg. Jahrb. n. F. VII., S. 179 ff.

In L.R.S. 2181—2195 ist das Verfahren vorgeschrieben, welches der Besitzer einer Liegenschaft, der solche auf andere Weise als bei einer Zwangsversteigerung erworben hat, einhalten muß, wenn er die Liegenschaft von den darauf haftenden (eigetragenen oder eintragsfreien) Vorzugs- und Unterpfandsrechten befreien will. Hat der Erwerber der Liegenschaft dieses Verfahren nicht eingeschlagen, so kann er ohne Rücksicht darauf, um welchen Preis er das Gut erhalten, und ob und an wen er den Preis bezahlt habe, von jedem Pfandgläubiger auf Zahlung der Pfandschuld oder auf Abtretung des Guts belangt werden. Eben dieses ist der Fall, wenn der Besitzer das Gut bei einer Zwangsversteigerung erworben hat, aber die Zahlung des Kaufschillings gar nicht geschah oder weder nach Anweisung der zuständigen Behörde noch an solche Gläubiger geschah, welche daranf nach dem Rang ihres Vorzugs oder Unterpfandsrechts den ersten Anspruch hatten.

Gewöhnlich wird nun von den Erwerbern einer Liegenschaft jenes Verfahren nicht eingehalten, es sind daher neuerer Zeit in dem Seekreise mehrere Hypothekarklagen angestellt worden, welche alle den Erfolg hatten, wie in nachstehendem Rechtsfalle.

In Sachen des Joseph **Kaufmann** von Gailingen gegen Stephan Miez von Liggeringen, Abtretung eines Unterpfands betreffend, wurde von dem Amt der Kläger mit seiner Klage zur Zeit abgewiesen, weil derselbe seine Forderung in der Gant seines persönlichen Schuldners angemeldet hatte, diese Gant aber noch nicht erlediget war.

Das Hofgericht des Seekreises änderte jedoch dieses Urtheil dahin ab, daß der Beklagte entweder die verpfändeten Liegenschaften abzutreten oder die Forderung des Klägers zu bezahlen habe.

Von dem großh. Oberhofgericht wurde das hofgerichtliche Urtheil unter Compensation der Kosten aller Instanzen dahin bestätigt, daß der Beklagte entweder die Forderung des Klägers zu bezahlen oder die von Alois Seeberger erkauften Liegenschaften zu einer zum Zwecke der Befriedigung des Klägers vorzunehmenden Versteigerung abzutreten habe, wobei jedoch in beiden Fällen dasjenige, was der Beklagte an dem Kaufpreise zur Gantmasse des Seeberger bezahlt hat oder mittelst Verweisung an die Seebergerschen Gantgläubiger noch zu bezahlen für schuldig erklärt werden wird, zwischen beiden Theilen so anzusehen ist, als sei es als Bestandtheil des neu zu erzielenden Kaufpreises zur Befriedigung der um denselben zur Concurrenz berechtigten Gläubiger verwendet, beziehungsweise an der Forderung des Klägers bezahlt worden.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Alois Seeberger von Liggeringen wurde durch richterliche Erkenntnisse für schuldig erklärt, dem Joseph Kaufmann von Gailingen 900 fl. beziehungsweise 3100 fl. nebst Zinsen zu bezahlen und letzterer erwirkte unterm 13. Mai und 18. August 1842 für beide Forderungen richterliches Unterpfandsrecht auf das liegenschaftliche Vermögen seines Schuldners. Einen Theil hievon erkaufte später Stephan Miez zu Liggeringen. Bald darauf aber gerieth Seeberger in Gant, bei welcher Joseph Kaufmann seine Ansprüche an diesen liquidirte, dann aber gegen Miez mit einer Pfandklage auftrat, in welcher er auf den Grund des L.R.S. 2114, 2166, 2168 begehrte, den Beklagten als dritten Besitzer seiner Unterpfänder zu verurtheilen, entweder diese an ihn abzutreten oder jene Forderung nebst Zinsen zu bezahlen.

Dieser durch die oben angeführten Gesetzesstellen rechtlich begründeten Klage wurde zunächst die Einrede der Rechtshängigkeit entgegengesetzt, indem Kläger bei der Seebergerschen Gant seine Forderungen liquidirt habe, diese Gant aber durch Vertheilungsbescheid noch nicht erledigt sei.

Allein diese Einrede ist unbegründet, weil mit der vorliegenden Klage das Recht des Klägers **gegen den**

dritten Besitzer der ihm verpfändeten Liegenschaften geltend gemacht, also ein ganz anderer Anspruch als mit der Anmeldungsklage in der Gant verfolgt wird.

Eben so wenig kann dadurch, daß Kläger bei dieser Gant liquidirte, und daß solche noch nicht durch Vertheilungsbescheid erledigt ist, die Klage auf den Grund des L.R.S. 2170 beseitigt werden. Denn wenn auch anzunehmen wäre, daß mit diesem Vorbringen der Beklagte die Einrede der Vorausklage habe vorschützen wollen, und wenn auch von dieser Einrede, dem Kläger gegenüber, insofern Gebrauch gemacht werden könnte, als ihm kein besonderes, sondern nur ein allgemeines Unterpfandsrecht zukommt, so fehlt es derselben jedenfalls an der nach L.R.S. 2170, verglichen mit L.R.S. 2023 und 1244, erforderlichen Begründung. Darnach hätte nämlich Beklagter dem Kläger zugleich Güter des Hauptschuldners anzeigen müssen, aus welchen derselbe vollständige Befriedigung für seine Ansprüche erhalten könnte. Dieß hat er aber nicht gethan, und ergibt sich vielmehr aus den vorliegenden Seebergerschen Gantacten, daß die zur Masse gehörigen Liegenschaften, auf welche Beklagter den Kläger verweisen will, zur Befriedigung dieses und der ihm vorgehenden Unterpfandsgläubiger nicht hinreichen.

Die Einrede, daß das Unterpfandsrecht dem Beklagten gegenüber durch Verzicht erloschen sei, ist ebenfalls nicht begründet. Dieser Verzicht soll daraus hervorgehen, daß Kläger bei der Liquidationstagfahrt in der Seebergerschen Gantsache die Locirung in dritter Klasse verlangt, und das ausdrückliche Begehren gestellt habe, daß er aus dem Erlöse der in der Masse vorhandenen Liegenschaften sowie aus den noch ausstehenden Kaufschillingen der durch Seeberger vor dem Gantausbruch veräußerten Güter Befriedigung erhalte.

Allein daß Kläger das letztere Begehren gestellt hat, wurde von dem Beklagten nicht erwiesen, indem die von ihm zum Beweis dieser Behauptung angerufenen Seebergerschen Gantacten von einem solchen Gesuche nichts enthalten.

In dem übrigen Begehren liegt aber kein Verzicht auf die Rechte dem dritten Besitzer gegenüber, vielmehr hat Kläger dadurch, daß er zunächst seine Befriedigung von dem persönlichen Schuldner verlangte, bevor er den dritten Besitzer in Anspruch nahm, nur dasjenige freiwillig gethan, wozu er unter den im L.R.S. 2170 aufgeführten Voraussetzungen durch jenen hätte genöthigt werden können. In einer solchen freiwilligen Vorausklage gegen den Hauptschuldner liegt aber kein Verzicht auf diejenigen Rechte, welche dem Gläubiger gegen den in zweiter Reihe ihm verhafteten dritten Besitzer zustehen.

Endlich wird noch der Klage entgegengehalten, daß das Unterpfandsrecht des Klägers dem Beklagten gegenüber nicht mehr wirksam sein könne, weil der Erlös der von letzterem gekauften Seebergerschen Liegenschaften zur Gantmasse gezogen, beziehungsweise die noch ausstehenden Zieler mit Beschlag belegt worden seien.

Allein hierdurch wird zufolge der L.R.S. 2114, 2166, 2150, No. 3, die Wirksamkeit des klägerschen Unterpfandsrechts ebenfalls nicht beseitigt, weil der Beklagte das in den L.R.S. 2181 sq. hinsichtlich der Befreiung der Liegenschaften von darauf haftenden Unterpfandslasten vorgeschriebene Verfahren nicht eingehalten hat.

Dagegen ist jener Einwand in einer andern Richtung von Erheblichkeit, nämlich insoweit der Beklagte damit zugleich beabsichtigt, dagegen geschützt zu werden, daß er den Kaufschilling an die Gantgläubiger (einschließlich des Klägers) doppelt zahlen, oder neben der Abtretung der gekauften Güter auch noch jenen entrichten müsse.

Als dritter Besitzer dieser ist der Beklagte nämlich nur schuldig, entweder die Unterpfandsschuld zu bezahlen oder Behufs der Versteigerung von den gekauften Gütern abzutreten.

Wählt er nun das letztere, so wird der Kaufvertrag wieder aufgehoben, es fällt folgeweise seine Verpflichtung zu Zahlung des Kaufpreises hinweg, und was er davon an die Gantmasse bereits bezahlt hat, muß ihm daher vergütet, beziehungsweise so angerechnet werden, als hätte er es an den Kläger als einen der Gantgläubiger bezahlt.

Tritt der Beklagte von dem Unterpfandsrecht jedoch nicht ab, sondern zieht er die Bezahlung der Unterpfandsschuld vor, so bleibt der zwischen ihm und Seeberger abgeschlossene Kaufvertrag in Kraft, dann hat er aber auch das Recht, das am Kaufschilling bezahlte oder in Folge des Beschlags oder der Veräußerung noch zu bezahlende, bei der Befriedigung des Klägers in Abrechnung zu bringen. Der von dem Beklagten zu entrichtende Kaufschilling wird nämlich zur Tilgung der Unterpfandsgläubiger in der Seebergerschen Gant nach dem Alter ihrer Pfandeinträge verwendet. Entweder wird nun jener Kaufschilling durch die Forderungen von Gläubigern, welche dem Kläger vorgehen, absorbirt, oder er wird ganz oder theilweise dem Kläger in jener Gant zugewiesen. Im ersten Fall ist der klägersche Anspruch darauf erloschen,

im zweiten Fall ist der Kläger bis zu dem ihm zukommenden Betreffniß befriedigt, in beiden Fällen muß daher der Kläger an seiner Unterpfandsforderung sich dasjenige, was von dem Kaufschilling zur Gantmasse gezogen worden ist, oder nach dem Obigen noch zu derselben gezogen wird, in Abzug bringen lassen. Hierauf gründet sich der in dem diesseitigen Urtheile gemachte Zusatz.

Dem im Uebrigen bestätigten hofgerichtlichen Urtheil wurde noch die weitere Modification beigefügt, daß die Abtretung der Liegenschaften behufs der Versteigerung zu geschehen habe, da aus der Fassung des hofgerichtlichen Urtheils geschlossen werden könnte, daß der Beklagte die Liegenschaften in Natur an den Kläger abzutreten habe, was aber den Bestimmungen des L.R.S. 2169, 2174 zuwider wäre, indem darnach der Unterpfandsgläubiger nur berechtigt ist, das Unterpfandsgut zu seinem Besten versteigern zu lassen.

Haager.

IV.

Von der Aenderung der Klage, der Einrede oder der weiteren Parteivorträge.

Bei Anwendung der Lehre von der Aenderung der Parteivorträge wird in der Praxis großer Mißbrauch getrieben und zwar theils von den Anwälten oder den Parteien, theils von den Gerichten. Fast in jedem Prozesse hört man den Einwand, daß ein Nachtrag von Thatsachen eine unzulässige Aenderung enthalte, und sehr häufig wird von den Gerichten ein solcher Nachtrag als unzulässige Aenderung verworfen, oder nicht berücksichtiget. Dadurch werden nicht nur die Parteien in große Kosten versetzt, sondern es wird auch die Zahl der Prozesse beträchtlich vermehrt. Der Grund dieses Uebelstandes liegt darin, daß von den Praktikern die Bestimmungen der Prozeßordnung nicht durch das gemeine Recht ergänzt werden, wie denn überhaupt in der Praxis die irrthümliche Ansicht geltend ist, daß unsere Prozeßordnung ein in sich abgeschlossenes Gesetzbuch sei, welches blos aus sich selbst ausgelegt werden müsse und mit dem gemeinen deutschen Prozeßrecht außer aller Verbindung stehe, so daß letzteres beim Mangel einer ausdrücklichen Bestimmung der Prozeßordnung nicht zur Anwendung gebracht werden dürfe, während doch der Prozeßordnung in sehr vielen Materien, namentlich aber in der vorwürfigen Lehre die Doctrin des gemeinen Rechts zur Norm gedient hat, daher die Prozeßordnung auch aus dieser Quelle erläutert und ergänzt werden muß.

Vergl. Weilers Motive S. 31.

Nach den Grundsätzen des gemeinen deutschen Prozeßrechtes versteht man nun unter einer Veränderung oder Abänderung der Parteivorträge (mutatio libelli, actionis vel exceptionis etc.) die Handlung der Partei, wodurch wesentliche Merkmale des Rechtsstreits verwandelt werden. Eine Aenderung blos zufälliger Merkmale, wobei der Identität des vorigen Rechtsstreites nicht gestört wird, ist eine Ergänzung und Verbesserung (emendatio) oder Erläuterung (declaratio). Wesentliche Merkmale, bei deren Veränderung die Identität des Rechtsstreites nicht bestehen kann, sind

1) die streitenden Theile,
2) der thatsächliche Grund des Vortrages,
3) der Streitgegenstand und
4) das Gesuch in der Hauptsache.

Alles andere ist ein blos zufälliges Merkmal.

Gönner, Handbuch des Prozesses I., S. 425 ff.
Martin, Civilprozeß §. 149.
Schmid, Civilprozeß II., S. 117 ff.

Die oben erwähnten Merkmale gehören auch zu den Voraussetzungen der res judicata, und deßhalb wird der Satz aufgestellt, daß eine Abänderung nur dann vorliege, wenn das neue Vorbringen, falls die frühere Klage als abgewiesen gedacht wird, von der exceptio rei judicatæ nicht umfaßt wurde, während im umgekehrten Falle das Vorbringen nur eine Verbesserung oder Ergänzung enthalte.

Bayer, Klagänderung §. 27.
Oberhofg. Jahrb. n. F. X., S. 244.

Dieser Satz ist im Allgemeinen richtig, nur darf man ihn nicht dahin verstehen, daß überall da eine Abänderung vorliege, wo das neue Vorbringen von der Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache nicht umfaßt würde. Dies wäre zu weit gegangen, wie sich später ergeben wird.

Wie nach gemeinem Recht, so ist nach unserer Prozeßordnung eine Abänderung alsdann vorhanden, wenn der thatsächliche Grund der Klage, oder der Einrede, Replik oder Duplik u. s. w. oder der Gegenstand derselben, oder das Gesuch in der Hauptsache abgeändert, oder dem früheren thatsächlichen Grund ein neuer hinzugefügt wird,

Jede andere Aenderung ist eine Ergänzung und Verbesserung oder Erläuterung. §. 344, 345 d. P.O.

Da übrigens von der richtigen Anwendung dieser Grundsätze sehr viel abhängt, so ist näher zu erörtern, welche Merkmale zu den wesentlichen, und welche zu den zufälligen gehören, daher eine Abänderung oder Verbesserung des Vortrages enthalten.

Wesentliche Merkmale des Vorbringens als solche, durch welche dessen Identität bedingt ist, sind, wie gesagt,

1) die streitenden Theile, oder die Hauptpersonen des Rechtsstreites. In der Prozeßordnung ist zwar hievon ausdrücklich keine Erwähnung gethan. Allein zu dem thatsächlichen Grund der Klage, Einrede u. s. w. gehört nach der Prozeßordnung, wie nach gemeinem Recht auch die Angabe derjenigen Umstände und Verhältnisse, welche zur Begründung der Aktiv- und Passivlegitimation nothwendig sind. §. 147 vergl. mit §. 87—90 d. P.-O.

Bayer, Vorträge über Civilprozeß S. 215.

Es könnte daher dieser Punkt zugleich mit dem zweiten Punkt abgehandelt werden. Der Wichtigkeit der Sache wegen erscheint es jedoch als zweckmäßig, den subjectiven Theil des Grundes der Klage, Einrede u. s. w. von dem objectiven Theile getrennt zu behandeln.

Zu den wesentlichen Merkmalen eines Vorbringens gehört also zunächst daß dasselbe von dieser Partei gegen die ihr gegenüberstehende gebraucht werde. Wie bei der res judicata, so ist auch hier auf die civilrechtliche Eigenschaft der Personen zu sehen, in welcher sie streiten. Denn dieselbe Person kann in verschiedener Eigenschaft Prozesse führen; z. B. zuerst ex proprio jure, und dann als Erbe oder Vormund eines Anderen. Wird die civilrechtliche Eigenschaft einer Hauptperson des Rechtsstreits geändert, so liegt hierin die Aenderung eines wesentlichen Merkmals.

Dagegen kann es in den Fällen, wo der Legitimationspunkt in einer Erweiterung des gewöhnlichen Fundaments des Vortrages besteht und nicht mit demselben identisch ist, nicht als eine wesentliche Veränderung gelten, wenn in diesen Fällen blos die Momente, welche die Aktiv- und Passivlgitimation begründen, eine andere Darstellung erhalten.

Schmid a. a. O. S. 117, 118.

Oft ist nämlich die Nachweisung der Legitimation schon durch den Beweis der Existenz des Rechts geliefert, und dann ist der Legitimationspunkt und der thatsächliche Grund der Klage, Einrede u. s. w. identisch. Ebenso häufig sind die Fälle, in welchen mit dem Beweis der Existenz des Rechts nicht zugleich nachgewiesen ist, daß dasselbe der davon Gebrauch machenden Person zustehe, oder gegen die Person, gegen welche es gebraucht wird, geltend gemacht werden dürfe. Da aber auch dieser Punkt zur vollständigen Begründung der Klage, Einrede u. s. w. wesentlich ist, so erhält der gewöhnliche thatsächliche Grund derselben in diesen Fällen eine Erweiterung, welche eben die Legitimation im speciellen Sinne ausmacht. Dieses ist namentlich dann der Fall, wenn Rechte, die ursprünglich unter anderen Personen entstanden, von einer anderen Person oder gegen eine andere, in Folge einer Universal- oder Singularsuccession verfolgt werden, mögen nun die Successoren den Prozeß selbst einleiten, oder den schon eingeleiteten, wozu sie befugt sind, reassumiren, sowie wenn eine besondere Qualität der Person, z. B. die eines Erben, eines Beamten, eines Vormundes u. s. w. nothwendig ist, um von derselben oder gegen dieselbe ein Recht geltend machen zu können.

Schmid a. a. O. I., S. 177, 178.

Wenn nun in solchen Fällen die den Legitimationspunkt betreffenden Momente im Laufe des Prozesses eine andere Darstellung erhalten, wenn z. B. eine Partei die Activ- oder Passivlegitimation zuerst auf einen titulus universalis (Erbrecht) und dann auf einen titulus singularis (Legat, Schenkung, Cession) oder umgekehrt gründet, so liegt darin nach den Grundsätzen der Prozeßwissenschaft keine wesentliche Veränderung, obwohl das neue Vorbringen, falls die frühere Klage als abgewiesen gedacht wird, von der Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache nicht umfaßt würde. Ebenso ist es keine Veränderung der wesentlichen Merkmale des Rechtsstreits, wenn der Beklagte als Vormund belangt ist, später aber behauptet und bewiesen wird, daß er nicht Vormund, sondern nur Pfleger (protutor, tutor ad hoc) ist, indem in dem einen wie in dem anderen Falle Rechnung abgelegt, das verwaltete Vermögen ausgeantwortet und der durch Verschulden verursachte Schaden ersetzt werden muß.

Gönner a. a. O., S. 434, 435.

An diesen Grundsätzen hat unsere Prozeßordnung nicht nur nichts abgeändert, sondern sie sind in §. 91 und 92 bestätiget, indem hiernach in jeder Lage des Rechtsstreits die Berichtigung des Legim-

tionspunktes statt findet. Der Ausdruck „Berichtigung des Legitimationspunktes" läßt die weiteste Auslegung zu, so daß darunter nicht blos eine Verbesserung, sondern auch eine wirkliche Veränderung verstanden werden kann. Nach dieser hier ausgeführten Ansicht wurde auch von dem Hofgericht des Oberrheinkreises schon in mehreren Fällen entschieden, während andere Gerichtshöfe, namentlich aber die meisten Untergerichte, der fehlerhaften strengeren Meinung huldigen.

Ferner kann es nach unserer Prozeßordnung wie nach gemeinem Recht nicht als eine wesentliche Veränderung gelten, wenn im Laufe des Rechtsstreites ein Rechtsfolger an die Stelle einer Partei tritt, in welchem Falle auf Antrag der Gegenpartei dem Rechtsfolger zur Fortsetzung des Prozesses in dem Stande, in welchem er sich befindet, eine angemessene Frist anzusetzen ist. §. 801 d. P.O.

Schmid a. a. O. II., S. 112 ff.

Ein wesentliches Merkmal ist

2) der thatsächliche Grund der Klage oder der Einrede, der Replik oder Duplik u. s. w., wie die Prozeßordnung in §. 344, 345 ausdrücklich bestimmt, indem hiernach nicht zu jeder Zeit der thatsächliche Grund abgeändert oder dem früheren thatsächlichen Grund ein neuer hinzugefügt werden darf. Unter Veränderung des thatsächlichen Grundes der Klage, Einrede u. s. w. ist aber nicht jede Veränderung der Geschichtserzählung zu verstehen. Aus den eben erwähnten Bestimmungen der Prozeßordnung ergibt sich, daß eine Veränderung der Geschichtserzählung nicht nothwendig eine Veränderung des Klaggrunds in sich schließt, daß vielmehr gerade zwischen einer Aenderung der Geschichtserzählung mit und ohne daraus folgender Veränderung des Klaggrundes unterschieden werden soll. Die Geschichtserzählung enthält zwar den Klaggrund, d. h. es werden in ihr die Thatsachen, durch welche die Klage in factischer Beziehung begründet werden soll, an- und ausgeführt, aber die Geschichtserzählung ist darum nicht eines und dasselbe mit dem Klaggrund, sondern der letztere ist das juristische Begriffsganze der Geschichtserzählung, der individuelle Charakter des Erwerbs- oder Entstehungsgrundes eines Rechts und einer Verbindlichkeit, z. B. Ersitzung, Kauf, Miethe u dgl., deren Dasein mehr oder weniger einzelne Ereignisse und Handlungen voraussetzt. Eine Vermehrung oder Veränderung von Thatsachen, welche in der Geschichtserzählung einer Klage vorgetragen wurden, ist daher nur dann eine Veränderung des Klaggrundes, wenn sich daraus eine andere causa oder eine zweite causa zu der bisherigen ergibt, indem man einen Anspruch auch auf mehrere Gründe stützen kann.

Stabel, Vorträge über Civilprozeß, S. 51 ff.

Oberhofg. Jahrb. n. F. X., S. 244, 245.

Was hier von dem Grund der Klage gesagt ist, gilt auch von dem Grund der Einrede, Replik u. s. w. Es bildet also weder das Nachbringen von Thatsachen, welche zur näheren Bestimmung des Vorbringens gehören, namentlich die Orts- und Zeitbestimmung, sofern diese nicht ausnahmsweise, wie z. B. bei der Verjährung als wesentlich erscheinen, noch die Aenderung des Rechtssatzes, unter welchen das Factum subsumirt werden soll, oder des blosen Namens der Klage, Einrede u. s. w., eine eigentliche Veränderung des Parteivortrages, indem dadurch die Identität desselben nicht ergriffen wird.

Schmid a. a. O., S. 118.

Mithin ist, wenigstens nach unserm Recht, nicht richtig, wenn

Gönner a. a. O., S 433

behauptet, daß es eine wirkliche Veränderung des Vorbringens sei, wenn z. B. der Gläubiger eine Schuld von 200 fl. aus einem Darleihen einklagte und das Factum eines Darleihvertrages nach einer vor 2 Jahren entstandenen Urkunde vorbrachte, später aber diese Forderung aus einem noch nicht zwei Jahre alten Schuldschein gemacht wird. Denn bei uns kann nicht wie nach römischem Recht einer auf Handschrift gegründeten Forderung die unbewiesene exceptio non numeratæ pecuniæ binnen zwei Jahren entgegengesetzt werden. Eine solche Aenderung erscheint also als eine blose Verbesserung, obwohl auch hier das neue Vorbringen, falls die frühere Klage als abgewiesen gedacht wird, von der Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache nicht umfaßt würde.

(Schluß folgt)

Berichtigung.

Man beliebe zu lesen: S. 19, §. 3, Z. 12 von unten „Pfründnießer" statt „Pfründmeister." — S. 30, §. 44, Z. 13 von unten „Schulen" statt „Schulden." — S. 30, §. 46, Z. 2 „noch vom" statt „nach den." — S. 31, §. 52, No. 2 „Unterweisung" statt „Ueberweisung." — S. 32, §. 60 Abs. „3" statt „2." — S. 32, §. 64, Abs. 3 „wem" statt „wenn." — S. 34, §. 73 ist nach den Worten: wenn sie ablöst — einzuschalten „oder."

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. **No. 9.** Mannheim, 1. März **1851.**

I.

Von der Aenderung der Klage, der Einrede oder der weiteren Parteivorträge.

(Schluß.)

Auch ist es keine eigentliche Veränderung des Parteivortrages, wenn ursprünglich kein thatsächlicher Grund, z. B. kein Titel einer Forderung angegeben, sondern ein solcher später nachgetragen wird. Denn der §. 345 der P.-O. spricht nur vom Nachtrag solcher Thatsachen, welche an die Stelle des anfänglich vorgetragenen thatsächlichen Grundes einen andern aufstellen oder zu demselben einen neuen hinzufügen. Verschieden hievon ist der Fall, wo anfänglich gar kein thatsächlicher Grund angegeben und ein solcher überhaupt erst nachgetragen wird, da hiedurch weder der früh ere abgeändert, noch demselben ein neuer hinzugefügt, vielmehr nur eine Unvollständigkeit verbessert wird, wozu der Richter die Partei nach § 248 und 359 der P. O. selbst von Amtswegen aufzufordern hat.

Oberhofg. Jahrb. n. F. V., S. 276 ff. VII., S. 171.

Darnach stellt sich die Entscheidung in den

Oberhofg. Jahrb. n. F. IX., S. 239

als unrichtig dar, die Entscheidung nämlich, daß es eine Klagänderung enthalte, wenn Jemand eine Schuldforderung ohne Angabe eines Entstehungsgrundes auf den Grund einer blosen Anerkennung einklagt und dabei ausdrücklich erklärt, daß er die Klage nicht auf den ursprünglichen Schuldtitel bauen wolle, später aber auf den bestimmten Entstehungsgrund zurückgreift. Denn blose Anerkennungen bilden keinen Rechtstitel und eben deßhalb keinen genügenden Klaggrund.

Zu den wesentlichen Merkmalen eines Rechtsstreits gehört endlich

3) der Streitgegenstand und

4) das Gesuch in der Hauptsache.

Unsere Prozeßordnung hat in §. 344, 345 diese beiden Merkmale aufgeführt, während die Rechtslehrer bald nur das eine, bald nur das andere Merkmal erwähnen.

Vergl. Martin a. a. O., §. 149.

Schmid a. a. O., S. 118.

Gewöhnlich ist auch das eine in dem anderen begriffen, doch gibt es Fälle, wo aus demselben Streitobjekt verschiedene Begehren entstehen können. Die Veränderung des Gesuchs kommt aber als etwas Besonderes nur insofern in Betracht, als unter Beibehaltung des wesentlichen historischen Fundaments ein neues gestellt wird; denn ergibt sich die Abänderung des Gesuchs als Folge der Abänderung des historischen Fundaments, so ist schon durch letztere ohnehin der Antrag im eigentlichen Sinne verändert. Aber auch dann, wenn unter Aufrechthaltung des wesentlichen historischen Fundaments ein dem Gegenstande oder dem rechtlichen Zwecke nach von dem ursprünglich gestellten abweichendes Gesuch angebracht oder nachgebracht wird, ist eine eigentliche Abänderung des Antrags vorhanden. Ein bloses Nachbringen näherer Bestimmung begründet aber eine Abänderung ebensowenig, als im historischen Fundament. Es ist daher keine Abänderung, wenn das spätere Gesuch schon in dem früheren liegt, wenn z. B. zuerst das Ganze und dann nur ein Theil einer Sache oder zuerst eine größere, dann eine kleinere Summe gefordert wird. Ebenso ist es keine Abänderung, wenn gar kein Begehren oder ein nur allgemeines oder unbestimmtes Gesuch, nachher aber ein specielles oder bestimmtes petitum gestellt wird. Es kann also nicht als eine Klagänderung gelten, wenn z. B. ein Gläubiger in einer Gant nur im Allgemeinen seine Ansprüche liquidirt und entweder gar kein Begehren stellt oder nur unbestimmt um Stellung in gesetzlicher Ordnung bittet, später aber unter näherer Begründung seiner Ansprüche in eine be-

stimmte Klasse, in die erste, zweite oder dritte Ordnung locirt zu werden verlangt.

Annalen VII., S. 332. VIII., S. 47, Note 1.

Oberhofg. Jahrb. n. F. V., S. 276 ff.

Außerdem wird nach gemeinem Recht noch die Prozeßart zu den wesentlichen Merkmalen gerechnet, so daß der Uebergang des Klägers auf eine andere Prozeßart als unzulässig erscheint, insbesondere wenn dadurch das Vertheidigungssystem des Beklagten beschränkt werden würde.

Gönner a. a. O., S. 430.

Schmid a. a. O., S. 122.

Nach unserer Prozeßordnung liegt es in der Regel nicht in der Befugniß des Klägers, zwischen den verschiedenen Prozeßarten zu wählen, indem daselbst ausdrücklich bestimmt ist, in welchen Fällen ordentliches oder abgekürztes Verfahren stattfindet. §. 673. Und in dem neuen Entwurf ist das Verfahren in erster Instanz so umgestaltet, daß in der That ein Unterschied zwischen ordentlichen und abgekürzten Verfahren nicht besteht. Nur bei dem unbedingten Mandatsprozeß sowie bei dem Executiv- und Wechselprozeß steht dem Kläger die Wahl zu, ob er den Rechtsstreit in dieser Prozeßart oder im ordentlichen Prozeß einleiten und fortsetzen will. Fehlt es der Klage an den Erfordernissen des Mandatsprozesses oder des Executiv- und Wechselprozesses, so wird die Klage angebrachtermaßen verworfen, und die Sache zugleich zur weiteren Verhandlung in der geeigneten Prozeßart eingeleitet. §. 703, 728 d. P.-O. Besitzt aber die Klage die gehörigen Erfordernisse, so kann der Kläger im unbedingten Mandatsprozeß von dieser Prozeßart wieder abgehen, wenn ihm der Eid über Einreden zugeschoben wird und er sein Gewissen mit Beweis vertreten will, indem alsdann das Verfahren in den ordentlichen Prozeß übergeht oder in das durch §. 674 bestimmte abgekürzte Verfahren, insofern die Sache zu denjenigen gehört, für welche dasselbe gesetzlich vorgeschrieben ist. §. 706 der P.-O. Eben dieses findet in dem Executiv- und Wechselprozeß statt §. 731. Und kann in dieser Prozeßart die Aechtheit der zum Beweise der Klage vorgebrachten abgeläugneten Urkunden nicht wieder durch Urkunden oder Eideszuschiebung dargethan werden, so wird die Klage angebrachtermaßen verworfen und dem Kläger die Verfolgung derselben im geeigneten ordentlichen oder abgekürzten Verfahren vorbehalten. §. 734 d. P.-O.

Die zufälligen außerordentlichen Aenderungen, woraus erlaubte Verbesserungen der Handlungen in einem Rechtsstreite entstehen, bedürfen keiner weiteren Erörterung, indem alles das, was nicht wesentlich ist, zu den zufälligen Merkmalen gehört. Insbesondere sind unter die nicht wesentlichen Merkmale zu rechnen: Verbesserung der Mängel der gesetzlichen Ordnung im Vortrag der Klage oder einer Einrede, Replik oder Duplik u. s. w., Berichtigung undeutlicher oder unvollständiger Anführungen, Verbesserung an Summen und Berechnungen, Berichtigung der unrichtigen Benennungen oder Nebenbestimmungen, z. B. Orts- und Zeitbestimmungen, Schreibfehler oder Irrthümer am Namen der Klage oder Einrede u. s. w.

Der praktische Unterschied zwischen einer Ergänzung, Verbesserung oder Erläuterung und zwischen einer Veränderung besteht darin, daß eine blose Verbesserung zufälliger Merkmale, eben weil sie die Identität des bisherigen Rechtsstreits gar nicht stört, zu jeder Zeit geschehen kann, und die Gegner von Fortsetzung dieses Rechtsstreits in keiner Weise befreit, §. 341 der P.-O., wogegen eine Veränderung ganz entgegengesetzte Folgen hervorbringt. Nachträge, wodurch der thatsächliche Grund der Klage oder der Gegenstand derselben, oder das Gesuch in der Hauptsache abgeändert oder zum früheren thatsächlichen Grund der Klage ein neuer hinzugefügt wird, sind nämlich dem Kläger so lange erlaubt, als die Einlassung auf die Klage noch nicht erfolgt oder versäumt ist §. 345 d. P.-O. Bis zu diesem Moment kann die eingereichte Klage ganz zurückgenommen und eine neue Klage an deren Stelle gesetzt werden, später aber ist jede Veränderung der oben angegebenen Art unzulässig und es kann der Beklagte in der Regel nicht zur Einlassung gezwungen werden. Hat jedoch der Beklagte sich auf die Klageänderung freiwillig vernehmen lassen, so darf dieselbe nicht als unzulässig verworfen werden oder unberücksichtigt bleiben, sondern es ist alsdann hierüber weiter zu verhandeln und zu entscheiden. Die Prozeßordnung enthält zwar keine deßfallsige Bestimmung und deßhalb wurde bei uns früher darüber gestritten, ob eine erst nach erfolgter oder versäumter Einlassung auf die Klage vorgebrachte Klagänderung von Amtswegen unberücksichtiget bleiben dürfe, auch wenn der Gegner sich darauf einläßt?

Annalen VI., S. 169.

Oberhofg. Jahrb. n. F. VI., S. 198.

In dem gemeinen Prozeßrecht ist diese Streitfrage schon längstens entschieden. Niemand kann, sagt sehr gut

Gönner a. a. O., S. 428, 429

wider seinen Willen gezwungen werden, daß er seine auf einen Rechtsstreit gerichtete Vertheidigungen zur Grundlage der Entscheidung für einen anderen Rechtsstreit machen lasse, aber jeder streitende Theil kann zugeben, daß es geschieht, weil er dadurch in der That seine bei einem andern Rechtsstreit vorgenommenen Handlungen für Handlungen in dem jetzt zu entscheidenden Rechtsstreite erklärt. Ein jeder streitender Theil kann also seinem Rechte bei Veränderung wesentlicher Merkmale, ausdrücklich oder stillschweigend entsagen.

Hiemit stimmt überein

Schmid a. a. O., S. 122, 123.

Jetzt wird auch bei uns fast allgemein angenommen, daß, wenn der Beklagte auf eine Klagänderung sich freiwillig einläßt, solche nicht unberücksichtigt bleiben darf, sondern hierüber weiter zu verhandeln und zu entscheiden ist. Denn der §. 346 d. P.-O. sagt nur, der Beklagte sei zur Einlassung auf unstatthafte Nachträge nicht schuldig. Thut er es freiwillig, so steht nichts im Wege, selbst den an sich unstatthaften Nachtrag zu berücksichtigen.

Oberhofg. Jahrb. n. F. VII., S. 172, VIII., S. 47, IX., S. 483.

Eben dieses ist der Fall, wenn der Beklagte selbst solche Thatumstände anführt, welche eine Klagänderung enthalten und wenn der Gegentheil dieselben sich zu Nutze macht, indem jede Partei ihre Behauptungen auch gegen sich gelten lassen muß und der Beklagte dadurch, daß er solche Thatsachen selbst anführt, sich des Rechtes bei Veränderung wesentlicher Merkmale ebenso begeben hat, wie wenn er sich auf eine Klagänderung freiwillig einläßt.

Oberhofg. Jahrb. n. F. XI., S. 34 ff.

In zwei Fällen ist der Beklagte schuldig, auf eine erst nach erfolgter oder versäumter Einlassung auf die Klage vorgetragene Klagänderung, sich vernehmen zu lassen, wenn nämlich der Kläger die Klage, wie sie früher angebracht war, nunmehr fallen läßt oder zugibt, daß die weitere Verhandlung darüber bis zum Ausgang des Verfahrens über die neue abgeänderte Klage ausgesetzt bleibe. §. 346 der P.-O.

In den

Annalen IX., S. 8

ist jedoch ausgeführt, daß es in §. 346 statt „oder zugibt“ heißen sollte „oder der Beklagte zugibt.“ Nach den Vorschlägen der ersten Kammer soll auch in dieser Weise der §. 346 verbessert werden.

In den beiden Ausnahmsfällen des erwähnten §. 346 wird die abgeänderte Klage wie eine neue Klage betrachtet und es hat der Beklagte darauf ebenso, wie auf eine neue Klage, nunmehr mit seiner Antwort und dem Vortrage seiner etwaigen Einreden sich vernehmen zu lassen. §. 347 der P.-O.

Aber auch selbst unter den vorhingedachten Beschränkungen kann die Zuläßigkeit einer wesentlichen Klagänderung nicht unbedingt zugegeben werden. Denn es gibt Klagen, welche vermöge gesetzlicher Vorschrift in einem solchen Verhältnisse zu einander stehen, daß eine schon durch die blose Anstellung der anderen erlöscht, oder daß man, während man von einer Klage Gebrauch macht, nothwendig auf die andere Klage Verzicht leisten muß, und in solchen Fällen ist der Beklagte gar nicht schuldig sich einen Uebergang zu der bereits ausgeschlossenen Klage gefallen zu lassen.

Bayer a. a. O., S. 227.

Schmid a. a. O., S. 123.

Annalen IX., S. 157.

Ueberdies ist in der Appellationsinstanz jede Häufung einer neuen Klage mit der früheren und jedes neue thatsächliche Vorbringen, welches eine abgeänderte neue Klage enthalten würde, schlechthin unzuläßig. §. 1221, Abs. 3 und 5 der P. O.

Annalen VI., S. 132. VII., S. 65.

Diese Bestimmung hat offenbar darin ihren Grund, daß sonst leicht eine Instanz übergangen werden könnte, sie ist also ein Ausfluß des Prinzips der öffentlichen Ordnung, und daher einer Modifikation nach dem Willen der Parteien überall nicht empfänglich.

Vergl Annalen VI., S. 170.

Daraus folgt, daß der Beklagte auch unter den in §. 346 angegebenen Bedingungen nicht schuldig ist, auf eine in der Appellationsinstanz vorgebrachte Klagänderung sich einzulassen, und daß eine solche nicht berücksichtigt werden darf, selbst wenn der Gegner freiwillig sich darauf einläßt.

Was sodann die Veränderungen im Vortrage von Einreden, Repliken, Dupliken u. s. w. anbelangt, so sind solche nur so lange zuläßig, als die für den Vortrag der Einreden, Repliken, Dupliken u. s. w. angeordnete Frist nicht abgelaufen ist. §. 348 d. P.-O.

Diese Vorschrift beruht auf dem Prinzip der Even-

tualmaxime, welche unser Prozeßverfahren durchdringt und wornach auf jeder Stufe der Prozeßhandlungen das ganze in einem anhängigen Prozeß zu benutzende Angriffs- und Vertheidigungsmaterial, bei Vermeidung des Ausschlusses, vorgebracht werden muß. Durch den Ablauf der peremtorischen, die einzelne Stufe begrenzende Frist, wird schon die Unzulässigkeit einer eigentlichen Veränderung im Vortrage der Einrede u. s. w. begründet, weil durch die Zulassung derselben die Präclusivkraft der Frist aufgehoben werden würde. Und durch Uebereinkunft der Parteien kann die Eventualmaxime nicht beseitigt werden. Schon hieraus geht hervor, daß es unrichtig ist, wenn in den

Annalen VI., S. 169

behauptet wird, es müsse die Frage: ob eine Veränderung unberücksichtigt bleiben dürfe, selbst wenn der Gegner sich darauf einläßt? — bei den in §. 348 bezeichneten Veränderungen auf gleiche Weise beantwortet werden, wie bei der Klagänderung. Hiezu kommt aber noch, daß der §. 348 ausdrücklich besagt: „Veränderungen von der im §. 345 bezeichneten Art im Vortrage von Einreden, Repliken, Dupliken u. s. w. sind nur so lange zulässig, als die hiefür angeordnete Frist nicht abgelaufen ist;" während in §. 345 das bedeutungsvolle Wörtchen „nur" nicht steht. Es ist deßhalb obige Frage in Bezug auf die im §. 348 bezeichneten Veränderungen im Allgemeinen zu verneinen. Nur, wenn der Gegner die abgeänderte Einrede, Replik n. s. w. zugesteht, findet eine Ausnahme statt, denn Geständnisse sind zu jeder Zeit zulässig.

Aus dem oben angegebenen Grunde ist auch die Bestimmung in §. 346 auf Veränderungen im Vortrage der Einrede, Replik u. s. w. nicht anwendbar, umsomehr als der §. 346 ausdrücklich nur auf den vorhergehenden Paragraphen, nicht aber auch auf den §. 348 Bezug nimmt.

Dagegen sind in der Appellationsinstanz abgeänderte neue Einreden, Repliken, Dupliken u. s. w. zulässig. In der Praxis wird häufig das Gegentheil angenommen, allein mit Unrecht. Nach §. 1221 d. P.-O. steht jeder Partei das Recht zu, in der Appellationsinstanz neue Thatsachen jeglicher Art beizubringen. Nur sind hievon ausgenommen: versäumte nicht prozeßhindernde verzögerliche und solche Einreden, wodurch der frühere Richter wegen Unzuständigkeit oder wegen besorgter Befangenheit abgelehnt werden konnte; sodann alle Rechtsverfolgungs- oder Vertheidigungsmittel, deren die Partei in der früheren Instanz Kraft eines Versäumungserkenntnisses verlustig geworden ist. Alle anderen Einreden, Repliken, Dupliken u. s. w. sind soweit in der Appellationsinstanz zulässig, also auch abgeänderte neue Einreden, Repliken u. s. w., wofür insbesondere noch der Umstand spricht, daß der §. 1221 in Abs. 3 und 5 ausdrücklich nur von einer abgeänderten neuen Klage, nicht aber auch von einer abgeänderten neuen Einrede, Replik u. s. w. Erwähnung thut. Zwar gilt auch bei uns der Grundsatz: reus excipiendo fit actor. Allein wie nach gemeinem Recht, so auch nach der Prozeßordnung unterscheidet sich eine Klage in mehrfacher Hinsicht von einer Einrede, namentlich in Ansehung der Veränderung, wie schon aus der Vergleichung des §. 345 mit §. 348 erhellet. Man kann daher nicht sagen, daß alles das, was von der Klage gilt, auch von der Einrede, Replik u. s. w. gelten muß.

Gewöhnlich spricht man nur von Abänderung und Verbesserung der Klage, Einrede und der weiteren Parteivorträge im s. g. ersten oder Vorverfahren, nicht aber auch von Abänderung und Verbesserung der Parteivorträge im weiteren Verfahren, wie in der Beweisinstanz und der Appellationsinstanz, obwohl hier diese Lehre gleichfalls von besonderer Wichtigkeit ist und die bisher entwickelten Grundsätze nicht ganz Ziel und Maas geben.

In dem Beweisverfahren kann eine Veränderung sowohl in der Beweisantretung beziehungsweise Gegenbeweisantretung als auch im Vortrage der Beweiseinreden und zwar im ersten Falle dadurch geschehen, daß der Beweisführer oder Gegenbeweisführer ein bereits vorgeschlagenes Beweismittel wieder fallen läßt, oder daß er andere Beweismittel in Vorschlag bringt. Dem Beweisführer resp. Gegenbeweisführer steht das Recht zu, ein bereits vorgeschlagenes Beweismittel wieder fallen zu lassen, so lange dasselbe noch nicht gemeinschaftlich geworden ist. §. 411 vergl. mit §. 442, 483, 484 der P.-O. Ist aber ein Beweismittel bereits gemeinschaftlich geworden, so kann der Beweisführer zwar auf dessen Gebrauch verzichten, nicht aber zum Nachtheil der Gegenpartei, welche, jenes Verzichtes ungeachtet, hievon Gebrauch machen kann. §. 412, 442, 485 d. P.-O. Weitere Beweismittel als die in der Beweisantretung resp. Gegenbeweisantretung vorgeschlagenen und andere Beweismittel an die Stelle der aufgegebenen kann der Beweisführer nur solange vorschlagen, als die Beweisfrist beziehungsweise Gegenbeweisfrist noch im Laufe ist. §. 409, 411 d. P.-O. Diese Bestimmung hat gleichfalls ihren Grund

in der Eventualmaxime und es ist hiernach der Beweisführer mit allen Beweismitteln, die er innerhalb der Beweisfrist nicht vorgeschlagen hat, als ausgeschlossen zu betrachten, so daß nach Ablauf der Beweisfrist in der Regel keine weiteren Beweismittel vorgeschlagen werden können. Eine Ausnahme machen nur diejenigen Beweismittel, in Ansehung derer der Beweisführer Restitution erlangt. §. 409 d. P. O.

Annalen X., S. 351 vergl. mit S. 83 ff.

Eine weitere Ausnahme findet statt, wenn die wirkliche Benutzung der Beweismittel, welche innerhalb der Beweisfrist vorgeschlagen wurden, in der Folge ohne Verschulden des Beweisführers unthunlich wird, in welchem Falle demselben, ohne Rücksicht auf Zahl und Gattung der Beweismittel, zu gestatten ist, innerhalb einer weiteren festzusetzenden Frist über die nämlichen Beweissätze an die Stelle der unbenutzt gebliebenen Beweismittel andere vorzuschlagen. §. 418 d. P.-O.

Nach dem bisherigen ist gewiß, daß der §. 346 der P.-O. auf Beweisantretungen und Gegenbeweisantretungen keine Anwendung findet, und daß auch mit Zustimmung der Gegenpartei, die erst nach Umfluß der Beweisfrist und nach eingereichter Beweisantretung vorgeschlagenen Beweismittel in derselben Instanz nicht mehr benutzt werden dürfen, indem sonst die Eventualmaxime verletzt würde. Dagegen können solche Beweismittel in der Appellationsinstanz nachgetragen werden. §. 1221 d. P.-O.

Daß die Verbesserung einer mangelhaften Beweisantretung nicht nur zu jeder Zeit zuläßig ist, sondern selbst von Amtswegen bewirkt werden muß, habe ich schon früher nachgewiesen.

Annalen IX., S. 267, 317.

Aus §. 632 d. P.-O. folgt unzweifelhaft, daß in der Regel die Beweiseinreden nicht schon mit der Erklärung auf die Beweisantretung vorgetragen werden müssen, sondern auch später in der Verhandlung über die Beweisanfechtung und Ausführung noch vorgebracht werden können. Eine Ausnahme hievon findet blos in Bezug auf die durch Zeugen zu beweisenden Beweiseinreden gegen die Zuläßigkeit oder Glaubwürdigkeit vorgeschlagener Zeugen statt, welche vor der Abhör vorgebracht werden müssen, indem später ein solcher Zeugenbeweis nur zuläßig ist, wenn Gründe zur Wiederherstellung vorhanden sind. §. 462 der P.-O. Alle andere Beweiseinreden können nicht nur bis zum Schlusse des Verfahrens, sondern auch noch in der Appellationsinstanz vorgebracht, verbessert und selbst verändert werden.

In der Appellationsinstanz kann auch eine Veränderung und zwar in der Beschwerdeschrift dadurch geschehen, daß die Beschwerden, oder der thatsächliche Grund der Beschwerden oder das Gesuch in der Hauptsache abgeändert oder zu den Beschwerden neue Beschwerden, oder zu dem thatsächlichen Grund der Beschwerden ein neuer hinzugefügt oder andere Beweismittel über früher vorgebrachte Thatsachen, hinsichtlich welcher schon Beweiserkenntniß ergangen ist, in Vorschlag gebracht oder neue Thatsachen vorgetragen werden. Vergl. §. 1170 d. P.-O. Insofern eine solche Veränderung nicht nach §. 1221 unzuläßig ist, findet sie nur so lange statt, als nicht die Nothfrist des §. 1195, 1196 der P.-O. abgelaufen ist. Nach Umfluß dieser Frist findet eine wirkliche Veränderung der Appellationsbeschwerde nicht mehr statt, während Nachträge, welche blose Verbesserungen, Ergänzungen und Erläuterungen enthalten, nach der Rechtsähnlichkeit des §. 344 der P.-O. an die Nothfrist nicht gebunden sind.

Annalen XIV., S. 387.

Oberhofg. Jahrb. n. F. XI., S. 1 ff.

Auf Veränderungen in der Appellationsbeschwerde ist die Bestimmung in §. 346 ebenfalls nicht anwendbar, sowie auch die mit Zustimmung der Gegenpartei nach Umfluß der Nothfrist vorgenommenen Veränderungen der Beschwerdeschrift nicht berücksichtigt werden dürfen, weil sonst die Nothfrist verlängert würde, was mit der Vorschrift in §. 243, 245 der P.-O. im Widerspruch stünde. Auch in der Vernehmlassung auf die Appellationsbeschwerde ist eine Veränderung insofern möglich, als der thatsächliche Grund der Einreden abgeändert, andere Einrede vorgetragen, andere Beweismittel über früher vorgebrachte Thatsachen, hinsichtlich welcher schon Beweiserkenntniß ergangen ist, in Vorschlag gebracht, im Falle der Anschließung die eigenen Beschwerden auf die oben angegebene Weise abgeändert werden. Solche Veränderungen, sowie Veränderungen im Vortrag der Replik, Duplik u. s. w. finden nach Analogie des §. 348 nur so lange statt, als die für den Vortrag angeordnete Frist nicht abgelaufen ist, wie hier überhaupt alles das gilt, was oben von Veränderungen im Vortrag von Einreden, Repliken, Dupliken u. s. w. gesagt ist.

Hierher gehört auch die Veränderung oder der Widerruf des Geständnisses; in der Prozeßwissenschaft wird aber hierüber an einem andern Orte gehan-

delt, daher ich deßfalls später besonders sprechen werde.

Was endlich die Kosten anbelangt, so fallen die durch nachträgliche Verbesserungen, Erläuterungen oder Ergänzungen jeder Art veranlaßten Kosten in jedem Falle der Partei zur Last, von der sie vorgebracht werden. §. 349 der P.-O. Ueber die Pflicht zum Ersatz der durch eine wirkliche Veränderung entstandenen Kosten enthält die Prozeßordnung keine ausdrückliche Bestimmung, argumento a minori ad majus wird aber auch hierauf die Vorschrift des §. 349 Anwendung finden. Nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts muß sogar diejenige Partei, welche eine wesentliche Veränderung ihres Vorbringens unternehmen will, bevor ihr Gegner sich darauf einzulassen verbunden wird, alle durch diese Veränderung verursachten Kosten ersetzen.

Gönner a. a. O., S. 436.

Die erste Kammer hat einen ähnlichen Zusatz zu §. 346 der P.-O. vorgeschlagen.

Haager.

II.

Oberhofgericht.

1) Die Verjährung eines Preßvergehens lauft vom Zeitpunkte seiner Vollendung an.

2) Eine von Amtswegen eingeleitete Untersuchung — mit Ausnahme der im §. 39 des ursprünglichen Preßgesetzes bestimmten Fälle — unterbricht die Verjährung eben so wenig, als

3) die nachträgliche Genehmigung dieses Verfahrens durch den Staatsanwalt, wenn solche erst nach Ablauf der Verjährungsfrist erfolgt ist.

Wegen sechs einzelner Handlungen war C. Otto des Hochverraths angeschuldigt und zur Untersuchung gezogen.

Die sechste Anschuldigung bestand darin, daß er durch ein von ihm verfaßtes und auch verbreitetes Flugblatt zur Theilnahme am Hochverrath aufgefordert habe.

In Bezug auf diesen Anschuldigungspunkt machte die Vertheidigung geltend, daß solcher, als Preßvergehen nicht mehr verfolgt werden könne, weil seit Begehung der That die im §. 32 des Preßgesetzes bestimmte Verjährungsfrist von sechs Monaten bereits verflossen und ein Antrag des großh. Staatsanwaltes, wie ihn der §. 2 des provisor. Gesetzes vom 1. Aug. 1849 über das Verfahren in Prozeßsachen erfordere, nicht gestellt worden sei. Nun erst ward der großh. Staatsanwalt von der Sache in Kenntniß gesetzt, welcher sofort den Antrag stellte, die Untersuchung auch auf das Preßvergehen auszudehnen, wogegen sich jedoch der Angeschuldigte förmlich verwahrte.

Das großh. Hofgericht fand aber die Einrede der Verjährung nicht begründet und verurtheilte den Angeschuldigten wegen des Preßvergehens, indem hinsichtlich der übrigen fünf Anschuldigungspunkte theils der Thatbestand des Hochverraths nicht als vorhanden angenommen, theils der Beweis der Anschuldigungsthatsachen nicht als erstellt angesehen wurde. Auf den Recurs des Angeschuldigten erkannte das großh. Oberhofgericht durch abänderndes Urtheil vom 24. Januar 1851 zu Recht:

> „daß die gegen den Recurrenten wegen Preßvergehens eingeleitete Untersuchung aufzuheben und derselbe mit den Kosten zu verschonen sei."

Gründe.

Recurrent wurde nach der gegen ihn eingeleiteten Untersuchung der Theilnahme am Hochverrathe beschuldigt, weil er in einem von ihm verfaßten und verbreiteten Flugblatte zur Betheiligung an der im Mai 1849 ausgebrochenen Revolution aufgereizt und diese auch durch sonstige Handlungen zu befördern gesucht habe. Nur wegen der Aufforderung in jenem Flugblatte wurde Recurrent durch das hofgerichtliche Urtheil des Hochverraths für schuldig erkannt, hinsichtlich der übrigen ihm zur Last gelegten Anschuldigungsthatsachen dagegen theils der Beweis derselben nicht für erstellt erachtet, theils angenommen, daß sie den Thatbestand jenes Verbrechens zu begründen überhaupt nicht geeignet seien. Die Beschwerden des Recurrenten gegen das hofgerichtliche Urtheil beziehen sich deßhalb blos auf die Verurtheilung wegen des durch die Presse begangenen Hochverraths. In dieser Richtung bestreitet Recurrent zunächst die Rechtsbeständigkeit der gegen ihn eingeleiteten Untersuchung und des darauf beruhenden Straferkenntnisses, weil von der Zeit der Verbreitung des in Frage stehenden Flugblattes vom 28. Mai 1849 bis zu dem Antrag des Staatsanwaltes auf strafrechtliche Verfolgung des Recurrenten die im §. 32 des Preßgesetzes vom 28. Dez. 1831 festgesetzte Verjährungszeit umlaufen gewesen sei.

Es findet nun nach dem oben erwähnten Preßgesetze (§. 33) sowohl als nach dem das Verfahren bei Preßvergehen betreffenden provisorischen Gesetz vom 1. August 1849, §. 1, die staatsrechtliche Verfolgung jener Vergehen nur im Wege des Anklageprozesses statt, und ist deßhalb ein richterliches Einschreiten von Amtswegen unzulässig, in so weit dadurch nicht blos die zur Herstellung des Thatbestandes und zur Habhaftwerdung des Thäters unverschieblichen Maßregeln ergriffen werden sollen *). Diesem Grundsatze gemäß hat der §. 2 des provisorischen Gesetzes vom 1. August 1849, wornach, wenn eine wegen Preßvergehen zu verfolgende Person sich zugleich eines in anderer Form begangenen und von Amtswegen zu verfolgenden Verbrechens gleicher Art schuldig gemacht hat, die wegen des letzteren einzuleitende Untersuchung auch die wegen des Preßvergehens an sich ziehen kann — bestimmt, daß diese anziehende Kraft von dem Antrag des Staatsanwalts abhängig sein solle. Hieraus folgt, daß, so lange ein solcher Antrag des Staatsanwalts nicht gestellt ist, auch in dem Fall des §. 2 jenes provisorischen Gesetzes der Richter nur in so weit von Amtswegen wegen eines Preßvergehens einzuschreiten berechtigt ist, als dies die Ergreifung der oben genannten unverschieblichen Maßregeln erheischt, daß er die weitere Untersuchung jedoch bis zu einem erfolgenden Antrag des Staatsanwalts zu verschieben hat

Ein solcher Antrag muß aber jedenfalls innerhalb der Frist geschehen, in welcher überhaupt nach §. 32 des Pr.G. eine Anklage wegen Preßvergehen statt findet; denn wenn das Recht auf Bestrafung einmal erloschen ist, so kann durch einen lediglich das gerichtliche Verfahren betreffenden Antrag dasselbe nicht wieder aufleben. Es muß hiernach der Antrag auf Ausdehnung der von Amtswegen eingeleiteten Untersuchung auf das Preßvergehen innerhalb 6 Monaten gestellt werden, von dem Zeitpunkt an, wo das Vergehen vollendet oder seitdem das eingeleitete strafrechtliche Verfahren nicht weiter fortgesetzt worden ist.

In dem vorliegenden Fall ist dies nun aber nicht geschehen, sondern es wurde die Untersuchung wegen des dem Recurrenten zur Last gelegten Preßvergehens sowohl ohne vorgängige Anklage, als auch ohne Antrag des Staatsanwalts: die Untersuchung wegen der übrigen Anschuldigungen auf das Preßvergehen auszudehnen, eingeleitet und beendigt, dann erst unterm 3. Mai 1850, also nachdem mehr als 11 Monate seit Verübung des dem Recurrenten angeschuldigten Preßvergehens umflossen waren, nachdem derselbe sogar schon seine Vertheidigung bei dem urtheilenden Richter abgegeben hatte, jener Antrag an das Untersuchungsgericht gestellt.

Hieraus ergibt sich, daß das fragliche Preßvergehen zu der Zeit, als der großh. Staatsanwalt dessen strafrechtliche Verfolgung beantragte, bereits verjährt war.

Hiergegen kann nicht geltend gemacht werden, daß der großh. Staatsanwalt erst nach Umfluß von 6 Monaten nach Verübung des Vergehens von diesem offizielle Kenntniß erhalten habe; weil das Preßgesetz (§. 32) den Lauf der Verjährungsfrist nicht von dem unsicheren Zeitpunkt, da die Staatsbehörde von dem Vergehen und dessen Urheber Kenntniß erhalten haben mag, abhängig macht, sondern ausdrücklich von dem sicheren Zeitpunkt der verübten That jene Frist beginnen läßt.

Die Beschwerde des Recurrenten, daß ungeachtet seines Berufens auf die eingetretene Verjährung das großh. Hofgericht ein Straferkenntniß gegen ihn erlassen hat, erscheint hiernach begründet, wenn nicht nachgewiesen werden kann, daß die Verjährung durch gegen ihn gerichtete gerichtliche Akte unterbrochen worden sei. Eine solche Unterbrechung soll nun mit Rücksicht auf den Schlußsatz des §. 32 des Pr.G. „oder seitdem das strafrechtliche Verfahren nicht weiter fortgesetzt worden ist" daraus abgeleitet werden, daß die Untersuchung gegen den Angeschuldigten wegen des Preßvergehens lange vor Ablauf der Verjährungszeit auch auf dieses ausgedehnt worden sei.

Allein unter dem strafrechtlichen Verfahren, von welchem der Schlußsatz des §. 32 des Pr.G. spricht, kann nur dasjenige verstanden werden, welches nach den preßgesetzlichen Vorschriften eingeleitet worden ist, also ein Verfahren, welches der großh. Staatsanwalt, sei es durch eine Anklage nach den Bestimmungen des Preßgesetzes vom Jahr 1831 oder durch einen Antrag nach Maßgabe des provisorischen Gesetzes vom 1. August 1849, rechtzeitig veranlaßt hat *).

*) Der Fall, wo das Gericht die Untersuchung von Amtswegen einzuleiten hat, tritt nach §. 39 des ursprünglichen Preßgesetzes nur dann ein, wenn dasselbe entweder selbst einen Beschlag erkannt oder den von der Polizeibehörde verfügten Beschlag richterlich bestätigt hatte. In dem vorliegenden Falle ist aber von einer solchen Beschlagnahme, welche die Verjährung zu unterbrechen geeignet wäre, überall nicht die Rede.

*) Nach den §§. 44 und 51 des Preßgesetzes von 1831 war zuerst die Klage (oder der Antrag auf Untersuchung) und

Jedes andere gerichtliche Einschreiten ist dem Gesetze zuwider, und ein gesetzwidriges Verfahren kann keine rechtliche Wirkung haben, sonach auch nicht die Verjährung unterbrechen; es kann darum, da im vorliegenden Falle ohne alle Veranlassung von Seiten des Staatsanwalts die Untersuchung geführt und beendigt wurde, durch diese die Verjährung auch nicht als unterbrochen angesehen werden.

Unerheblich ist endlich, daß der großh. Staatsanwalt bei Stellung des auf §. 2 des provisorischen Gesetzes vom 1. August 1849 gestützten Antrags die bisherigen Untersuchungshandlungen genehmigt hat, weil zur Zeit der Ertheilung dieser Genehmigung sein Recht zur Strafverfolgung, wie in Vorstehendem ausgeführt wurde, bereits erloschen war.

A. d. Gr. ꝛc. ꝛc. D. R.

III.

Unerlaubte Vertragsursache.

Ein von Anfang unklagbares Geschäft kann nicht durch nachfolgende Genehmigung rechtsbeständig werden.

Flindt gegen Flindt.

Die Flindt'schen Eheleute hatten sich freiwillig getrennt und am 17. Dezember 1842 zu Stuttgart einen Vertrag mit einander abgeschlossen, worin unter anderem der Frau auf Lebensdauer oder bis zu ihrer Wiederverehelichung eine jährliche Unterhaltsrente von 300 fl. bewilligt wurde, die der Mann in vierteljährlichen Raten zu zahlen versprochen hat.

Nachdem im Jahr 1844 die förmliche Ehescheidung erfolgt war, soll der Mann in einer Urkunde v. 24. Aug. 1846 seine Verbindlichkeit zur Zahlung der Rente ausdrücklich anerkannt und solche auch bis zur Hälfte des Jahres 1847 freiwillig erfüllt haben.

dann die Anklage (oder der Antrag auf Verurtheilung) einzubringen. Durch die §§. 1 und 3 des provisorischen Gesetzes von 1849 sind nun beide Akte sehr zweckmäßig in einen verschmolzen, indem das Verfahren jetzt gleich mit der Anklage beginnt.

Weil aber von da an die Zahlung unterblieb, so klagte die in Stuttgart lebende Frau gegen den im Großherzogthum sich aufhaltenden Mann bei den badischen Gerichten aus dem Vertrage vom 17. Dez. 1842 auf Fortentrichtung der gedachten Unterhaltsrente und Nachzahlung des Rückstandes *).

In erster Instanz wurde der Beklagte nach dem Begehren der Klägerin verurtheilt, in zweiter Instanz aber durch Urtheil vom 2. Sept. 1850 die Klage abgewiesen und dieses Urtheil unterm 17. Jänner 1851 im dritten Rechtszuge bestätigt.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Der der Klage zum Grund gelegte Vertrag vom 17. Dez. 1842 hat in so fern eine unerlaubte Vertragsursache, als er während der Ehe geschlossen, das Zusammenleben der Ehegatten erschwert, beziehungsweise die Trennung derselben befördert, also dem Wesen der Ehe entgegenstrebt. L.R.S 212 ff.

Solche Verträge sind, sie mögen im In- oder Ausland geschlossen sein, als mit gebietenden Gesetzen und der öffentlichen Ordnung nicht vereinbar, schlechthin ungültig und vor den Gerichten des Landes nicht geltend zu machen. L.R.S. 1131 ff.

v. Savigny R. R. 8. Bd. §. 349 ff.

Die Nichtigkeit des Vertrags kann auch durch den Umstand nicht geheilt werden, daß der Beklagte denselben nach geschiedener Ehe theilweise vollzogen und durch die Urkunde vom 24. August 1846 anerkannt hat.

Die ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung wirkt nur bei Verträgen, welche an sich rechtsbeständig durch eine Klage auf Nichtigkeit oder Umstoßung angefochten werden müssen, nicht aber bei solchen, welche auf einer rechtswidrigen Ursache beruhend, schlechthin nichtig und unklagbar sind.

Zachariä, franz. C.R. 4. Aufl. §. 339.

Ueberdies würde die Anerkennung erfordern, daß der Beklagte von dem Mangel des Rechtsgeschäfts Kenntniß gehabt und auf die desfallsige Einrede zu verzichten beabsichtigt hätte, eine Voraussetzung, welche von klagender Seite überall nicht behauptet worden ist.

A. d. Gr. ꝛc. ꝛc. D. R.

*) Es handelte sich demnach nicht um eine Unterhaltsrente im Sinne der L.R.S. 268, 280 und 301.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. No. 10. Mannheim, 8. März 1851.

I.

1. Ueber das Verfahren bei den Klagen auf Vermögensabsonderung, hier insbesondere über die Beweiskraft des ehemännlichen Geständnisses bei Vermögensabsonderungen.

Durch den Aufsatz in den Annalen XVII., S. 501 ff., bin ich in meiner Ansicht über die Beweiskraft oder eigentlich Beweislosigkeit des ehemännlichen Geständnisses bei Vermögensabsonderungen nicht nur nicht wankend gemacht, sondern noch mehr bestärkt worden, wozu auch der Umstand beiträgt, daß bei allen bisherigen legislatorischen Versuchen in Verbesserung des bürgerlichen Prozesses die Frage über die Beweiskraft jenes Geständnisses ohne Berücksichtigung geblieben ist, obgleich von mehreren Gerichtshöfen in ihrem Gutachten über den Gesetzesentwurf wegen Abänderung der Prozeßordnung hierauf besonders aufmerksam gemacht wurde. Der Grund dieses Stillschweigens des Gesetzgebers über jene Frage kann kein anderer sein, als der, daß der Gesetzgeber jene Frage als durch die Wissenschaft schon gelöst ansieht, jedoch offenbar in einem anderen, als in dem in den Annalen XI., S. 213 ff. angegebenen Sinne. Zwar ist die unterrichterliche Praris der letzteren Ausführung beigetreten und hierauf wird in den Annalen XVII., S. 501, zum Beweise der Richtigkeit derselben großes Gewicht gelegt. Ich muß offen bekennen, daß ich hierauf auch nicht das geringste Gewicht lege, denn unsere unterrichterliche Praris hat sich leider mehrfach nicht bewährt und die Feuerprobe der Wissenschaft nicht immer bestanden, wofür die Prozeßordnung einen traurigen Beleg liefert. Welche Klagen sind nicht über dieses Gesetzbuch, welches durch Klarheit und Bündigkeit im Ausdruck, durch Anordnung und Behandlung des Stoffs als ein Meisterstück begrüßt und als Vorbild mehreren auswärtigen Gesetzesentwürfen zum Grunde gelegt wurde, im Laufe der Zeit erhoben worden. Der Grund dieser Klagen liegt aber offenbar nicht sowohl im Gesetze selbst, als vielmehr in der Anwendung desselben und zwar theils von Seite der Gerichte, theils von Seite der Anwälte. Unsere Praris ist meistentheils der wörtlichen Auslegung des Gesetzes und derjenigen Meinung beigetreten, welche am bequemsten war und am wenigsten Nachdenken verursachte. Eine solche Ansicht ist die in den Annalen XI., S. 213 ff. vertheidigte, indem sie in ihrer Anwendung keine Schwierigkeiten darbietet, und hiernach in einer einzigen Tagfahrt oder durch ein bloses Versäumungserkenntniß das ganze Absonderungsverfahren erlediget werden kann, während nach der gegentheiligen Meinung weitläufige Verhandlungen zu pflegen sind und solche überhaupt mehr Nachdenken und mehr Geschäfte verursacht. Deßhalb und lediglich deßhalb hat die Praris der ersten Ansicht den Vorzug gegeben. Auf die Praris kann daher im Ernste wahrlich kein Gewicht gelegt werden. Dagegen kann ich für die andere Meinung eine Autorität anführen, welche mehr Gewicht hat, als die unterrichterliche Praris, eine Autorität, die gegen den Schlendrian unserer Praris in vielen Rechtsmaterien so beharrlich und so siegreich angekämpft hat. Von Stabel wurde nämlich nicht nur in den Annalen IX., S. 152, sondern auch später und zwar als der Aufsatz in den Annalen XI., S. 213, schon erschienen war, in den Vorträgen über das Güterrecht der Ehegatten, S. 22, gelehrt, daß in dem Separationsverfahren zum Beweise kein Geständniß und keine Eideszuschiebung statt findet. Da aber Stabel in der letzterwähnten Abhandlung zur Begründung dieser Lehre und zur Widerlegung der gegentheiligen Ansicht nichts weiteres bemerkt hat, als daß die Unwirksamkeit des Geständnisses und der Eideszuschiebung in allen Streitigkeiten über Rechtsverhältnisse statt finde,

worüber die Parteien sich nicht vergleichen können; so habe ich mir die Mühe genommen, die Richtigkeit der einen und der anderen Meinung genauer zu prüfen und zwar lediglich im Interesse der oft ganz schuldlosen Ehefrauen und Kinder, welches Interesse ich durch die gegentheilige Ansicht für sehr gefährdet hielt. Nach meinem Ermessen zeigt sich auch als wahrer Freund und bester Rathgeber der Frauen gewiß derjenige, welcher dieselben auf die Gefahren, die ihrer bei Einschlagung eines Weges warten, aufmerksam macht und sie vom Anfange ihres Beginnens durch alle Windungen des Verfahrens bis zu Ende begleitet. Und ich finde es für geeigneter, jetzt schon diese Gefahren aufzudecken, als erst später. Dies vorausgeschickt, gehe ich zur Erwiderung auf die einzelnen Bemerkungen in den Annalen XVII., S. 501 ff., über.

1) Während in den Annalen XI, S. 214, geradezu in Abrede gestellt wird, daß die Unwirksamkeit des ehemännlichen Geständnisses bei Vermögensabsonderungen eine nothwendige Folge des L.R.S. 1443 sei, mußte dies in den Annalen XVII., S. 502, zugegeben werden. Dadurch ist aber der gegentheiligen Meinung nicht nur die Spitze gebrochen, sondern jeder Haltpunkt benommen. Denn sobald man zugibt, daß die Bestimmung des Art. 870 des Code de proced. eine nothwendige Folge der Vorschrift des S. 1443 sei, so versteht sich jene Bestimmung von selbst und muß gelten, auch wenn sie der Gesetzgeber nirgends mit dürren Worten ausgesprochen hat. Gegnerischer Seits wird zwar nur soviel zugegeben, daß die Vorschrift des Art. 870 des Code de proced. wenigstens zum Theil als eine auf Nothwendigkeit beruhende angesehen werden darf, dagegen aber behauptet, daß die in jener Vorschrift besonders beigefügte ausdehnende Bestimmung, wornach das Geständniß des Mannes nicht beweist, selbst dann, wenn keine Gläubiger vorhanden sind, keineswegs mit Nothwendigkeit aus dem Grundsatze des S. 1443 folgt, daß sie vielmehr als eine über das Maas des an sich Nothwendigen hinausgehende besondere Vorkehr des Gesetzgebers, welcher drohenden Mißbrauch hiedurch gleichsam mit Gewalt abschneiden wollte, anzusehen und zu behandeln ist. Diese Behauptung stellt sich jedoch als durchaus grundlos dar. Denn, wenn der S. 1443 vorschreibt, daß jede freiwillige Vermögensabsonderung nichtig ist, und wenn der S. 1395 während der Ehe überhaupt jede Veränderung des ehelichen Güterrechtsverhältnisses durch Vertrag verbietet, so erscheint doch gewiß die Bestimmung, daß das Geständniß des Mannes selbst dann nicht beweist, wenn keine Gläubiger vorhanden sind, keineswegs als eine ausdehnende Bestimmung, als eine über das Maas des an sich Nothwendigen hinausgehende besondere Vorkehr, als ein bloses Machtgebot des Gesetzgebers, sondern sie erscheint als eine juristisch-logische, d. h. nothwendige Folge der erwähnten landrechtlichen Vorschriften. Als eine solche nothwendige Folge und nicht blos als eine dem System des S. 1443 entsprechende Bestimmung, wurde sie von den angesehensten Rechtslehrern, wie von Toullier, Duranton, Zachariä und Stabel ausdrücklich erklärt. Und die Aussprüche dieser Rechtslehrer sind allerdings auch in dieser Hinsicht nach Lage der Sache von besonders erheblichem Gewicht. Daß der Gesetzgeber durch Art. 870 des Code de proced. etwas Besonderes festsetzen wollte, läßt sich aus der Fassung dieser Gesetzesstelle (lors même) keineswegs entnehmen. Denn

Battur traité de la communauté II., No. 634, sagt: »la séparation de biens doit se faire en justice et doit être contradictoire: Toute séparation volontaire est nulle, porte l'art. 1443. l'aveu du mari ne suffirait pas, alors même qu'il concourrait avec celui des créanciers présants dans l'instance; alors même qu'il n'y aurait pas de créanciers. (art. 870 du Code de proced.) Car comme le dit fort bien M. Merlin vo. Séparation, il reste l'interet prochain d'enfants ou autres héritiers qu'on pourrait depouiller par cette voie; il reste au législateur le devoir d'empecher que le mari ne confére, par des voies indirectes des avantages que la loi reprouve.«

Hiemit könnte meine Erwiederung füglich schließen, indem schon hiedurch die gegentheilige Ansicht hinlänglich widerlegt ist. Ich will jedoch der Wichtigkeit der Sache wegen noch näher auf die einzelnen Bemerkungen eingehen und es wird sich zeigen, daß mein Gegner seiner früheren Meinung selbst untreu geworden ist.

In den Annalen XI., S. 214, 215 wird nämlich behauptet, daß, wenn der Separationsprozeß von der Frau gegen ihren Mann allein geführt wird, kein genügender Grund vorhanden sei, dem gerichtlichen Zugeständniß des Mannes die Wirksamkeit zu entziehen und es wird daselbst die Bestimmung in S. 1350, 1352, 1356, §. 400 der P.O. als auch auf Vermögensabsonderungen unbedingt anwendbar erklärt. Dagegen wird

nunmehr in den Annalen XVII., S. 502 zugegeben, daß das ehemännliche Geständniß der Ehefrau gegenüber nach Umständen von geminderter Glaubwürdigkeit erscheine, es wird sich sogar auf §. 65 der Eheordnung bezogen und dann gesagt: „Was bei der Ehetrennung genügend erschien, konnte und mußte umsomehr bei der blosen Gütertrennung als genügend erscheinen." Dadurch hat aber mein Gegner seine eigene Meinung über den Haufen geworfen. Der §. 65 der Eheordnung besagt nämlich: „blose, obwohl einstimmige Geständnisse der Eheleute machen keinen Beweis aus, der zur Auflösung einer Ehe hinreichte, wenn nicht der Satz, der durch ihr Eingeständniß erwiesen werden soll, noch anderwärts her solche Unterstützung hat, um derentwillen man vernünftigerweise annehmen kann, daß Wahrheit und nicht wechselseitiger Vortheil das Geständniß geformt habe." Sobald man aber annimmt, daß das Geständniß des beklagten Ehemannes keineswegs ganz überweisend, sondern nur von geminderter Glaubwürdigkeit sei, so kann nicht, wie in den Annalen XI., S. 215 vertheidigt worden ist, auf das blose Geständniß, sei es ausdrücklich oder fingirt, eine Vermögensabsonderung ausgesprochen werden, sondern es muß consequenterweise, des ausdrücklichen oder fingirten Geständnisses ungeachtet, ein Beweiserkenntniß erlassen, und Beweisverhandlung gepflogen, es muß also mit einem Wort ganz dasselbe Verfahren eingehalten werden, wie ich solches in den Annalen XVII., S. 445 beschrieben habe. Es ist mir daher in der That unbegreiflich, wie mein Gegner gegen dieses Verfahren zu Felde ziehen konnte.

2) Daß das Absonderungsverfahren im öffentlichen Interesse an gewisse Voraussetzungen und Formen gebunden ist, sagt Battur ausdrücklich. Das öffentliche Interesse ist auch der einzige Grund, warum die Nichtigkeiten des S. 1443, 1444, 1445 f. g. absolute Nichtigkeiten sind. Eine Widerlegung dieser Ansicht liegt nicht darin, daß der badische Gesetzgeber bei Vermögensabsonderungen nicht auch wie bei Ehestreitigkeiten, Annahmen an Kindesstatt, Verschollenheitserklärungen, Entmündigungen u. s. w. ein polizeiliches Verfahren vorgeschrieben hat. Denn es gibt in dem Landrecht außer diesen Rechtsmaterien noch viele andere Dinge, welche ihren Ursprung aus dem öffentlichen Recht herleiten, welche publici juris sind, und für welche auch kein polizeiliches Verfahren vorgeschrieben ist. Daß auf Vermögensabsonderungen der bürgerliche Prozeß Anwendung findet, habe ich ja nie bestritten, vielmehr anerkannt, nämlich in den Annalen XVII., S. 443 gesagt: „Die Absonderungsklage ist wie jede andere Klage einzurichten und zu behandeln." Damit ist aber nicht gesagt, daß die bürgerliche Prozeßordnung in aller und jeder Beziehung bei Vermögensabsonderungsklagen zur Anwendung kommen muß. Mein Gegner erkennt dieses selbst an, indem er der Meinung beitritt, daß der §. 65 der Eheordnung auf Vermögensabsonderungen analog anwendbar sei. Ist man aber dieser Meinung, so kann man unmöglich das ehemännliche Geständniß allein als für sich vollbeweisend ansehen, oder auch den durch das Geständniß geführten mangelhaften Beweis nur durch Auflage eines Notheides ergänzen. Denn der §. 65 der Eheordnung bestimmt ausdrücklich, daß das blose, obwohl einstimmige Geständniß der Eheleute keinen Beweis ausmache, der zur Auflösung einer Ehe hinreichte. Und wenn auch bei Ehetrennungen der Notheid zulässig ist (vergl. Laukhard's Rechtsfälle I., S. 144. Oberhofg. Jahrb. n. F. VII., S. 19), so kann auf das Geständniß allein noch nicht auf Notheid erkannt werden, sondern es muß das Geständniß auch durch andere Umstände unterstützt sein, welche zur vollständigen Ueberführung nicht hinreichen, was sich aus der Bestimmung des §. 65 der Eheordnung unzweifelhaft ergibt.

Ebenso muß es bei einer consequenten Durchführung der Ansicht, daß diese Bestimmung auf Vermögensabsonderungen analog anwendbar sei, auch bei den Separationsklagen gehalten werden. Jedenfalls darf auf das Geständniß allein, welches aus allgemeinen oder besonderen Gründen von zweifelhaftem Werthe erscheint, nicht sofort auf Notheid erkannt, sondern es muß vorher in Gemäßheit des §. 634 der P.O. eine Beweisfrist angesetzt, also ganz dasjenige Verfahren eingehalten werden, welches ich in den Annalen XVII., S. 445 in Vorschlag gebracht habe. Auch in Frankreich besteht hierüber kein Zweifel. Boileux zu Art 1443 sagt:

»Au nombre des circonstances, qui peuvent determiner le juge, il ne faut pas comprendre les aveux du mari; le juge doit toujours exiger, que la femme fournisse la preuve des faits avoués.«

Wenn es übrigens auch Fälle gibt, wo das Geständniß zulässig ist bei Streitigkeiten über Rechtsverhältnisse, worüber die Parteien sich nicht vergleichen können, so ist im Allgemeinen der Satz doch richtig, daß bei Streitigkeiten dieser Art in der Regel kein Geständniß, jedenfalls

aber keine Eidesʒuschiebung statt findet, wie sich aus §. 568 der P.O. ergibt.

3) In Ermanglung einer ausdrücklichen Vorschrift über die Beweiskraft des ehemännlichen Geständnisses bei Vermögensabsonderungen erschien es gewiß geeignet und zweckmäßig, Analogien aufzusuchen. Auf §. 65 der Eheordnung habe ich mich absichtlich deßwegen nicht berufen, weil nach §. 64 der Eheordnung bei Ehestreitigkeiten nicht das Verfahren des bürgerlichen Prozesses, sondern das Untersuchungsverfahren nach Art des Beschuldigungs-Prozesses (§. 8 des Strafedikts) stattfindet. Da nun bei Vermögensabsonderungen das erstere Verfahren Platz greift, so müssen in der bürgerlichen Prozeßordnung Analogien aufgesucht werden. Eine solche habe ich in §. 508, Ziff. 3 der P.O. gefunden. Allerdings spricht diese Gesetzesstelle nicht mit dürren Worten von unserm Fall. Das ist aber eben der Krebsschade und die Pestbeule unserer Praxis, daß man sich so strenge an den Wortlaut der Prozeßordnung gehalten hat und nicht auf den Sinn und Geist derselben eingegangen ist. Wenn nun, um auf den Geist der Prozeßordnung einzugehen, nach §. 508, Ziff. 3, das Zeugniß des einen Ehegatten in Sachen, die den anderen betreffen oder für den anderen, völlig unzulässig ist, so kann doch folgerichtig einer unbeschwornen Aussage des einen Ehegatten für den anderen noch weniger irgend eine Beweiskraft beigelegt werden.

Eine weitere Analogie habe ich in dem Gantverfahren und zwar in §. 867 der P.O., sowie in dem Rechtssatze gefunden, daß dem Geständnisse eines Gantmannes zu Gunsten seiner Frau keine Glaubwürdigkeit zukommt. Dieser Rechtssatz ist in dem badischen Recht gleichfalls nirgends ausdrücklich ausgesprochen und gleichwohl hat noch Niemand die Richtigkeit dieses Rechtssatzes bestritten. Zur Begründung desselben hat man sich ebenfalls auf §. 508, Ziff. 3, berufen (vergl. Annalen XI., S. 308, XII., S. 55. Stempf, Gantverfahren, S 291), und noch von keinem Juristen wurde behauptet, daß dies mit dem schlechtesten Erfolg geschehen sei. Es kann auch hier von einem eigentlichen Geständnisse keine Rede sein, weil ein solches nur dann vorhanden ist, wenn das Geständniß dem Gestehenden zum Nachtheil gereicht, während der Mann bei der Gant nicht als Gegner seiner Frau, als Gläubigerin erscheint, deren Ansprüche zu bekämpfen er ein Interesse hätte, ihm vielmehr die geltend gemachten Ansprüche zum Nachtheil der übrigen Gläubiger selbst zu gut kommen.

Ebenso verhält es sich bei den Vermögensabsonderungen, wie denn überhaupt das Verhältniß des Mannes zur Frau in einem Separationsprozeß ganz dasselbe ist, wie in einer Gant, was vernünftigerweise nicht in Abrede gestellt werden kann. Die Rechtsähnlichkeit paßt also vollkommen, und daraus folgt, daß bei Vermögensabsonderungen in Bezug auf das Geständniß des Ehemannes und die Beweispflicht der Frau dieselben Bestimmungen Anwendung finden, wie bei der Gant. Diese Bestimmungen sind auch gar nicht exorbitant, sondern blos eine naturgemäße Folge des Rechtssatzes, daß dem Geständnisse eines Gantmannes zu Gunsten seiner Frau keine (oder doch eine nur sehr geminderte) Glaubwürdigkeit zukommt. Wenn somit der Mann zu Gunsten seiner Frau ein Geständniß ablegt, so ist die Sache so anzusehen, als ob die Ansprüche der Frau gar nicht oder doch nicht vollständig bewiesen seien, und deßhalb hat die Frau, des Geständnisses ihres Mannes ungeachtet, ihre Ansprüche noch besonders zu erweisen, und es muß also eine Beweisauflage ergeben, wie ja auch nach §. 634 der P.O. eine Beweisfrist angesetzt werden muß, wenn der Beweis nicht vollständig hergestellt ist, bevor auf Notheid erkannt werden kann. Uebrigens ist nicht richtig, wenn in den Annalen XVII., S. 503 u. 504 behauptet wird, daß Beweiserhebung ohne allen Widerspruch irgend eines Betheiligten selbst im Gantprozesse nirgends vorkommt. In der Regel wird allerdings ein Gantanwalt aufgestellt, welcher die Ansprüche der Frau in Widerspruch zieht. Allein nach §. 939 der P.O. steht es dem Richter frei, in einzelnen Fällen von Aufstellung eines Gantanwalts, sowie eines Massepflegers Umgang zu nehmen. Es kann daher auch im Gantprozesse vorkommen, daß kein Widerspruch gegen die Ansprüche einer Frau erfolgt, und doch wird jeder vernünftige Richter in diesem Falle mit dem Geständnisse des Mannes sich nicht begnügen, sondern von der Frau noch den Beweis ihrer Ansprüche verlangen.

Die klaren Vorschriften in L.R.S. 1350, 1352, 1356 und in §. 400 der P.O. lassen sich allerdings nicht wegräsonniren, man hat solche auch nicht ganz zu beseitigen gesucht, sondern man hat nur behauptet und, wie ich glaube, bewiesen, daß diese Vorschriften bei uns wie in Frankreich auf Separationsprozesse, ebenso auch im Gantprozesse, keine, oder doch keine unbedingte Anwendung finden. Nulla regula sine exceptione ist schon eine alte Regel.

Das von mir vorgeschlagene Verfahren ist also keines-

wegs ein prozeßwidriges, dagegen erscheint das gegentheilige Verfahren wirklich als ein heilloses. Es führt zwar am schnellsten zur Erledigung eines einzelnen Separationsprozesses, aber keineswegs zur Erkenntniß der Wahrheit. Man weiß aus Erfahrung, sagte ein alter französischer Jurist, daß fast alle Vermögensabsonderungen abgekartet sind zwischen Mann und Frau zur Benachtheiligung der Gläubiger. Diese Erfahrung hat man in Frankreich gemacht, wo doch das Geständniß des Mannes zur Absonderung nicht genügt, sondern die Frau stets den Beweis ihrer Behauptungen zu liefern hat. Wie ist es möglich, daß man bei uns eine andere Erfahrung machen kann, bei uns, wo die gegentheilige Ansicht in der Praxis die vorherrschende ist, welche Ansicht ein wahrer Freibrief für jeden nachlässigen Richter, ein Privilegium für alle möglichen Betrügereien und die Mutter zahlloser Interventionen, Appellationen, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen ist! Es gehört daher wahrlich eine große Unerfahrenheit oder eine blinde Vorliebe dazu, um die Behauptung aufzustellen, daß die gegentheilige Meinung am besten und schnellsten zur Erkenntniß der Wahrheit führt! Die Zweckmäßigkeit der einen oder anderen Ansicht kann somit auch keinem Zweifel unterliegen.

Ich fasse nun das bisher Gesagte in folgendem Satz zusammen:

Nicht nur in Frankreich, sondern auch in Baden beweist bei Vermögensabsonderungen das Geständniß des Mannes nicht, sondern es hat die Frau stets den Beweis ihrer Behauptungen zu führen, gleichviel ob Gläubiger vorhanden sind oder nicht.

II. Ueber die Intervention der Gläubiger bei Vermögensabsonderungen.

Wie ich in den Annalen XVII, S. 461 gezeigt habe, so können die Gläubiger in einem zwischen den Eheleuten anhängigen Absonderungsprozesse im Wege der Nebenintervention an dem Streite Theil nehmen. Diese Ansicht wurde schon früher von Stabel in seinen Vorträgen über das Güterrecht der Ehegatten S. 23 und von Mayer in den Annalen XIII., S. 50 ausgesprochen. Nun aber wird in den Annalen XVIII., S. 35 ff. behauptet, daß eine Einmischung der Gläubiger in den anhängig gewordenen Separationsprozeß, vom Standpunkt unserer Civilprozeßordnung aus betrachtet, nur in der Form einer Hauptintervention zulässig sei. Diese Behauptung hat aber in unserer Prozeßordnung keinen Grund. Allerdings müssen die Gläubiger ihre Legitimation bei der Intervention in einem Absonderungsprozesse darauf gründen, daß sie Ansprüche an den Mann oder die Ehegemeinschaft zu machen haben, welche aufgelöst werden soll. Allein dies ist auch bei der Nebenintervention nothwendig, indem nach §. 104 der P.O. der Nebenintervenient ein solches Interesse anzuführen und zu bescheinigen hat, daß aus dem Unterliegen derjenigen Partei, der er sich anschließen will, ihm selbst folgeweise oder mittelbar Nachtheil erwachsen würde. Auch ist richtig, daß die Gläubiger durch die Einmischung bezwecken wollen, der Frau als Gläubigerin ihres Mannes die zu ihrer Befriedigung erforderlichen Vermögenstheile ganz oder theilweise zu entziehen und zwar nicht sowohl zum Vortheile des beklagten Mannes, als vielmehr um eben dieselben Vermögenstheile in der Folge zu ihrer Befriedigung verwendet zu sehen. Allein dies ist nicht der nächste Zweck und das Begehren der Einmischung der Gläubiger in den Separationsprozeß. Das Interesse der Gläubiger ist, die Separation zu hindern und dies ist der alleinige oder nächste Zweck der Intervention und das Begehren der Intervenienten kann nur dahin gehen, die Ehefrau mit dem Absonderungsbegehren abzuweisen. Die Gläubiger verfolgen also nicht wie bei der Hauptintervention ein selbstständiges Recht; sie wollen den Streitgegenstand nicht für sich ansprechen, sondern denselben der Partei verschaffen oder erhalten, der sie sich anschließen, d. h. dem Manne. Ihre Thätigkeit beruht aber auf einem solchen Grunde, daß sie sich auch einen Vortheil sichern, wenn der Rechtsstreit einen für den Mann glücklichen Ausgang nimmt, wenn nämlich die Frau mit ihrem Absonderungsbegehren abgewiesen wird, indem alsdann die Gläubiger zu ihrer Befriedigung sich an das ganze gegenwärtige und zukünftige Vermögen der Gemeinschaft halten können. Das Interesse der Gläubiger ist somit ein abgeleitetes; es kann daher hier nicht von der Hauptintervention, sondern nur von der Nebenintervention die Rede sein.

Stabel, Vorträge über Civilprozeß S. 76 ff., 83 ff. Annalen XIII., S. 50.

Zwar liegt es in vielen, ja in den meisten Fällen, wenn auch nicht in unmittelbarem, so doch in mittelbarem Interesse des Mannes, eine Gütertrennung eintreten zu lassen, indem dadurch ein Theil des Vermögens für seine Familie gerettet werden kann. Von diesem Gesichtspunkte geht aber der Gesetzgeber nicht aus; denn er verbietet in L.R.S. 1395 und 1443 jede freiwillige Vermögensab-

sonderung und erklärt das Geständniß des Mannes für unwirksam. Der Gesetzgeber nimmt also an, daß, wenn auch die Separation im Interesse des Mannes liegt und er ein Geständniß ablegt, doch ein Rechtsstreit über die Separation besteht, worüber contradictorische Verhandlungen gepflogen werden müssen, wie auch Battur a. a. O., No. 634, erklärt. Deßhalb halte ich die in den Annalen XVIII., S. 35 ff. mitgetheilte Ansicht und Entscheidung des großh. Oberhofgerichts nicht für richtig, die Ansicht nämlich, daß die Gläubiger bei der Intervention in Separationsprozessen auf ein einfaches Widersprechen d. h. ein bloses Ableugnen der von der Frau aufgestellten Behauptungen sich nicht beschränken dürfen, und daß eine blos hierauf gerichtete Intervention unstatthaft ist. Diese Ansicht steht in direktem Widerspruch mit der Bestimmung des L.R.S. 1447 besagend: „sie können in dem Verfahren auf Absonderung als Beikläger auftreten, um zu widersprechen." Zwar heißt es im Urterte: »ils peuvent même intervenir dans l'instance sur la demande en séparation, pour la contester.« Der Ausdruck »contester« bezeichnet aber soviel als „streitig machen" oder „bestreiten", womit er auch in den meisten deutschen Ausgaben des Code civil übersetzt ist. Und unter dem Wort »contester« „bestreiten" versteht man wie unter »litis contestatio« jede Art der Streiteinlassung, mithin den Widerspruch sowohl als den Vortrag von Einreden.

Bayer, Civilprozeß, S. 240 ff.

Kein französischer Schriftsteller, selbst nicht Troplong behauptet, daß den Gläubigern bei der Intervention in einem Separationsprozesse kein weiteres Recht zustehe, als darzuthun, daß durch die erst noch in Aussicht stehende Absonderung eine rechtswidrige Uebervortheilung und Benachtheiligung bezweckt werde, oder daß das Absonderungsgesuch durch keinen gesetzlichen Grund gerechtfertigt sei. Troplong sagt nicht, daß die Gläubiger bei der Intervention dieses darthun müssen, sondern er sagt nur, daß sie dieses beweisen können. Namentlich aber ist es Troplong gewiß nie eingefallen, zu behaupten, daß die Gläubiger bei der Intervention auf ein einfaches Widersprechen, auf ein bloses Abläugnen sich nicht beschränken dürfen. In Frankreich kommen die Gläubiger auch gar nicht in die Lage, ihre Intervention hierauf zu beschränken, weil das Geständniß des Mannes nicht beweist und die Frau nicht nur sofort mit der Absonderungsklage den Beweis ihrer Behauptungen antreten, sondern solchen auch in jedem Fall führen muß. Anders verhält sich aber die Sache bei uns, wo die Frau nicht sofort mit der Klage den Beweis anzutreten hat und überdies noch nach einer, wie gezeigt, unrichtigen aber in der Praxis einmal herrschenden Meinung das ausdrückliche oder fingirte Geständniß des Mannes vollständig beweist. Bei uns können daher die Gläubiger meistentheils in dem ersten Verfahren gar nichts anderes thun, als die Behauptungen der Frau widersprechen, indem sie von den Beweismitteln und den übrigen Vorbereitungshandlungen zur Separation gar keine Kenntniß erhalten. Erst im Beweisverfahren, wo alle diese Acten und Urkunden oder andere Beweismittel vorgelegt werden, ist es den Gläubigern möglich, sich hierüber zu erklären, solche als betrügerisch darzustellen und anzufechten. Während man also einer Seits durch die Meinung, daß bei Absonderungen das Geständniß des Mannes vollständig beweist, den Gläubigern fast jede Möglichkeit zur Intervention abschneidet, würde anderer Seits, durch die oberhofgerichtliche Ansicht das Recht der Gläubiger der Art verkümmert, daß solches gänzlich wirkungslos wäre. Eine solche Absicht kann der Gesetzgeber vernünftigerweise nie und nimmermehr gehabt haben.

Haager.

II.

Testamentsfälschung.

Beweis durch zusammentreffende Inzichten.

Am 16. April 1846 starb die ledige Maria Anna Provence zu Villingen in einem Alter von 84½ Jahren mit Hinterlassung eines Vermögens von ungefähr 42,000 fl.

Es fanden sich 3 letzte Willensurkunden vor, worunter die jüngste vom 31. Juli 1845 nur einige Legate enthielt.

Die Hauptverfügung fand sich in dem Testamente vom 11. November 1842. Darnach hatte Schreiner Provence nur die lebenslängliche Nutznießung an dem seinen Kindern vermachten sechsten Theil des Nachlasses anzusprechen, wogegen die übrigen fünf Sechstel auf andere Seitenverwandte fielen.

Nachdem diese Testamente producirt und anerkannt waren, sollte die hiernach entworfene Erbtheilung den In-

teressenten am 20. November 1846 zur Genehmigung eröffnet werden. Bei dieser Gelegenheit legte Schreiner Provence eine verschlossene anderweitige letztwillige Verfügung vor, welche sofort bei dem großh. Bezirksamte eröffnet und nach aufgenommener Beschaffenheitsbeurkundung dem mit der Erbtheilung beauftragten Notar Vögele zugestellt wurde.

Diese vom 16. März 1846 datirte Willensverordnung setzte den Schreiner Provence zum Universalerben der Verstorbenen ein.

Bei der noch an demselben Tag erfolgten Verkündung des Testamentes erklärten die Erbsinteressenten, mit Ausnahme des Schreiners Provence, dasselbe für falsch und beantragten auch sogleich bei dem großh. Bezirksamte die Einleitung einer Untersuchung, indem einige davon die Pflichten und Gefahren eines Anklägers übernahmen.

In diese Untersuchung wurde auch noch ein gewisser Carl Rimmelin wegen Theilnahme an der Fälschung verwickelt, weil erheblicher Verdacht gegen ihn vorlag, daß er das Testament verfertigt habe.

Auf den Grund derselben fällte das großh. Hofgericht des Seekreises am 2. Juni 1849 ein Urtheil, wodurch Carl Provence von Donaueschingen der Urkundenfälschung durch wissentlichen Gebrauch eines falschen Testamentes der Maria Anna Provence zu Villingen vom 16. März 1846 für schuldig und Carl Rimmelin der Theilnahme an diesem Verbrechen klagfrei erklärt worden ist.

Dieses Urtheil erlangte, auf den Recurs der beiden Inculpaten, am 21. Septbr. 1850 die oberhofgerichtliche Bestätigung.

Entscheidungsgründe.

Schreiner Carl Provence beschwert sich gegen das hofgerichtliche Urtheil, weil er darin der Urkundenfälschung durch wissentlichen Gebrauch eines falschen Testamentes für überwiesen erachtet wurde.

Diese Beschwerde erscheint nach dem Ergebniß der gepflogenen Untersuchung als unbegründet. Denn

1) kann darüber, daß das fragliche Testament, welches sich als ein eigenhändiger letzter Wille der Maria Anna Provence darstellt, nicht von der Hand der Erblasserin herrührt, sondern unter Nachahmung der Handschrift derselben von einer andern Person fälschlich gefertigt wurde, auch nicht der mindeste Zweifel bestehen, da die Testamentsurkunde selbst solche Merkmale trägt, welche die vollkommene Ueberzeugung von der Falschheit derselben begründen, ja sogar theilweise die Art und Weise, wie bei der Verfertigung des Testaments verfahren worden sein mag, erkennen lassen.

Diese Merkmale sind folgende:

a) die Beschaffenheit des Siegels, womit das Testament verschlossen war; denn da bei dessen Anfertigung augenscheinlich zuerst ein mit punctirtem Kranz versehenes Signat und dann zwei Buchdrucker-Typen angewendet wurden, so kann man wohl annehmen, daß diese Versiegelung nicht von der Erblasserin, welche ja mehrere Siegel hatte, herrührt, daß vielmehr dieselbe von einem Andern, dem diese Petschaften nicht zu Gebote standen, in der Absicht angebracht wurde, die Meinung zu begründen, daß dasselbe dennoch von der Erblasserin herrührt;

b) die in der Schrift des Testaments, insbesondere im Worte „meinem" (Zeile 4), in den Worten „Veter Karl", „Schreiner", „Donaueschingen" (Zeile 5), in dem Worte „verloren" (Zeile 6) und in den Worten „16. Merz" ersichtlichen Bleistiftstriche, welche auf eine Vorzeichnung der betreffenden Buchstaben schließen lassen;

c) die auf der Rückseite der Schrift wahrnehmbaren Spuren von Punctirung der Buchstaben und Wörter mittelst eines zugespitzten Instruments; endlich und hauptsächlich

d) die bei mehreren in der Urkunde doppelt vorkommenden Wörtern wahrnehmbare vollkommene Gleichheit derselben rücksichtlich der Höhe, Breite, Dimension und Stellung der Buchstaben, was mit Anwendung von Strohpapier insbesondere sich erkennen läßt: bei dem Worte „Testament" in der 1. u. 2. Zeile; bei den Worten „und" „seine" „Kinder" in der 6. u. 7. Zeile; bei den Worten „Karl" „Provence" in der 7., 8. u. 10. Zeile; bei dem Worte „Hälfte" in der 7. u. 8. Zeile; endlich bei dem Worte „Villingen" in der 12. u. 13. Zeile.

Diese Gleichförmigkeit, welche bei einer mit freier Hand und ohne vorherige Vorzeichnung gefertigten Schrift fast zu den Unmöglichkeiten gehört, läßt nämlich darauf schließen, daß jene Wörter nach einem und demselben Entwurfe mittelst Durchzeichnens entstanden sind, und es ist dieser Schluß hier um so sicherer, als die Erblasserin zur Zeit der angeblichen Testamentserrichtung schon in einem sehr hohen Alter stand, und schon vorher, wie sich aus den bei den Akten befindlichen ächten Testamenten ergibt, nicht einmal mehr im Stande war, ihren Namen gleichförmig zu schreiben.

Es wurde zwar gegen die Erheblichkeit der Falschheitsmerkmale, welche nicht in der Schrift selbst liegen, erinnert, daß dieselben erst nach der Vorlegung des Testaments entstanden seien; auch scheint dafür zu sprechen, daß die bei Amt aufgenommene Beschaffenheitsbeschreibung dieselben nicht erwähnt, obgleich zumal die Reißbleistriche leicht bemerkt werden konnten.

Allein das Testament wurde, nachdem es bei Amt geöffnet, und mit dem amtlichen Präsentatum versehen war, nebst dem Protokoll über die Beschaffenheitsbeschreibung sofort durch den Amtsrevisoratsdiener, dem Notar Vögele, welchem die Verlassenschaftsabhandlung übertragen war, überbracht, und von solchem den bereits anwesenden Erbsinteressenten publicirt, worauf von diesen sogleich die Erklärung erfolgte, das Testament sei zu jung, als daß es von der Hand der Erblasserin geschrieben sein könnte; auch sei dasselbe mit einem Siegel geschlossen gewesen, wie die Erblasserin keines gehabt habe; diese selbst sei nicht mehr im Stande gewesen, ein Testament wie das vorliegende zu schreiben; mehrere Buchstaben darin hätten wenig oder gar keine Aehnlichkeit mit der Schrift der Erblasserin; endlich seien Spuren von Vorzeichnungen mit Blei und auf der Rückseite Spuren von Punkten sichtbar, welche eine lythographische Schreibart vermuthen lassen.

Wenn nun auch durch diese Beurkundung und durch die über diesen Punkt erhobenen Aussagen des Amtsrevisoratsdieners Riegger, des Karl Stern und des Notar Vögele nicht der Beweis erbracht werden kann, daß gerade alle die Spuren von Vorzeichnung, welche sich dermal im Testament vorfinden, damals schon vorhanden waren, so bleibt doch so viel gewiß, daß jedenfalls ein Theil derselben sich in der Urkunde befunden hat, als sie vom Notar publicirt wurde. Wenn aber auch in dieser Hinsicht noch Zweifel gehegt werden wollte, so bleibt immerhin noch das in der Untersuchung gar nicht zur Sprache gekommene unter lit. d. erwähnte Merkmal, welches die Falschheit ganz unwiderleglich darthut, da dasselbe unmöglich durch eine nochmalige Veränderung entstanden sein kann.

Zu diesen Beweisen für die Falschheit des Testaments kommen aber noch eine Reihe Inzichten, welche theils von der Schreibunfähigkeit der Erblasserin in der letzten Zeit ihres Lebens, theils aus Aeußerungen derselben über den Inhalt ihres letzten Willens, theils aus der Art und dem Ort der Auffindung des Testaments hergenommen, und bereits in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen zur Genüge hervorgehoben sind, sodann der weitere Anstand, daß die Erblasserin ihre andere Testamente jeweils bei der Staatsbehörde deponirt hat, daher bei ihr wohl unterstellt werden kann, daß, wenn sie ein diese abänderndes neues Testament, wie das in Frage liegende, gefertigt hätte, sie solches ebenfalls dahin gegeben, und nicht, wie Recurrent glauben machen will, unter alte Papiere gesteckt haben würde.

Der Recurrent hat zwar noch zur Nachweisung der Schreibunfähigkeit der Erblasserin in der letztern Zeit ihres Lebens einige Briefe vorgelegt, auf welchen dieselbe nach kaufmännischem Gebrauch die Namen der Absender eigenhändig bemerkt habe. Allein diese Briefe dienen eher zur Bestätigung des Gesagten, da sich aus diesen Aufschriften, wenn sie wirklich von der Erblasserin herrühren, klar ergibt, daß deren Schreibfähigkeit in letzterer Zeit nur noch eine äußerst geringe und keinenfalls mehr von der Art war, wie sie die Schrift in der Testamentsurkunde voraussetzen läßt.

(Schluß folgt.)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

// Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. No. 11. Mannheim, 15. März 1851.

I.

Testamentsfälschung.

(Schluß.)

Wenn nun aber unter diesen Verhältnissen die Falschheit des Testaments als vollständig erwiesen erscheint, so ist

2) auch die Vermuthung wohl begründet, daß Recurrent diese Beschaffenheit des Testaments bereits gekannt hat, als er dasselbe producirt, um, wie er sich ausdrückte, davon den gesetzlichen Gebrauch zu machen.

Denn wollte man jene Kenntniß nicht unterstellen, so müßte man ja annehmen, daß eine andere Person ohne Wissen und Willen des Recurrenten das Testament gefertigt und zu den im Besitz des Recurrenten befindlichen Papieren der Erblasserin gebracht hat. Zu einer solchen Annahme aber fehlt es um so mehr an jedem Anhaltspunkt, als das Testament ja zu Gunsten des Recurrenten lautet, es daher bei jeder andern Person an dem Interesse mangelt, eine solche Handlung zu begehen; auch würde dann der Recurrent nach seinem Charakter und seinem vielfach zu erkennen gegebenen Streben sich den Nachlaß seiner Base zu verschaffen, sicherlich das Testament vor Allem selbst geöffnet haben, um sich zu überzeugen, ob dasselbe nichts Nachtheiliges für ihn enthalte.

Es liegen aber noch eine Reihe von Inzichten vor, welche bei der bereits nachgewiesenen Unächtheit des Testaments jene Vermuthung vollständig bestätigen; diese sind:

a) die genaue Uebereinstimmung des Betrages der im Testamente ausgesetzten zwei Legate mit einer Eröffnung, welche der Notar Vögele, wie dieser wenigstens bezeugt, dem Recurrenten auf dessen Anfrage gemacht hat, und woraus zu schließen ist, daß Recurrent bei der Errichtung des falschen Testaments mitwirkte;

b) die von Seite des Recurr. anfänglich blos als Vermuthung, zuletzt aber in Form einer Behauptung erfolgte Ankündigung eines jüngern für ihn günstigern letzten Willens, welche Ankündigung, zumal Recurr. nach den durch Zeugen erstellten Aeußerungen der Erblasserin in deren letzten Tagen gewiß keine Veranlassuug hatte, den Schluß rechtfertigt, daß ihm bereits bekannt war, wie noch ein Testament zum Vorschein kommen werde;

c) die von Notar Vögele bezeugte Aeußerung des Recurr., er werde alle Mittel anwenden, um in den Besitz des Vermögens zu kommen, indem er der nächste Verwandte sei, und bei allem nichts riskiren, sondern nur gewinnen könne, welche Worte vermuthen lassen, daß er zu eben diesem Zweck das falsche ihm günstige Testament verfertigen ließ, welches er dann producirt;

d) das dem genannten Notar nach dessen und dessen Ehefrau Zeugniß gemachte Anerbieten von 2000 fl. für den Fall, daß jener dazu helfe, daß Recurr. das Erbe erhalte, welche Handlung zeigt, wie Recurr. auch verbrecherische Wege nicht scheute, um zu dem sich einmal vorgesetzten Zwecke zu gelangen;

e) die Erklärung des Recurr., in welcher er, als nach erfolgter Verkündigung des falschen Testaments die Erbsinteressenten zum Bezirksamte gegangen waren, zu verstehen gab, daß er auch zu einem Vergleich bereit wäre;

f) das nicht nur vor, sondern auch noch während der Untersuchung an den Tag gelegte Bemühen des Recurr. die Aechtheit des Testaments glaubhaft zu machen, in welcher Bestrebung derselbe sogar im Schlußverhör so weit ging, daß er im offenbaren Widerspruch mit frühern Angaben behauptete, gesehen zu haben, wie die Erblasserin das Testament geschrieben hat, ja sogar die Urkunde genau an der Aufschrift wieder erkannt haben will.

Alle diese Umstände begründen die vollständige Ueberzeugung, daß der Recurr., um zu der Erbschaft seiner

Base Maria Anna Provence zu gelangen, das falsche Testament wenn auch nicht gerade selbst gefertigt hat, doch durch einen andern machen ließ, und es erscheint daher derselbe dadurch keinenfalls beschwert, wenn das großh. Hofgericht die Thatsache, daß er von einer falschen Urkunde mit dem Bewußtsein ihrer Falschheit Gebrauch gemacht hat, als vollkommen bewiesen annahm, und ihn des Verbrechens der Urkundenfälschung für schuldig erklärte rc. rc.

Außerdem waren auch noch die gegen Rimmelin erbrachten Verdachtungsgründe, welche hier mit Stillschweigen übergangen werden, wohl geeignet, den gegen Provence vorliegenden Beweis merklich zu verstärken.

D. R.

II.

Baupflicht.

Wirkung der Verträge. Rechtswandlung.

Dossenheim gegen Fiscus.

Die politische Gemeinde Dossenheim belangte den evangelischen Kirchenfiscus auf Erbauung eines Schulhauses für die evangelische Kirchen- u. Schulgemeinde zu Dossenheim. Der Beklagte gestand zwar zu, daß ihm die Baupflicht früher oblegen, schützte aber zugleich vor:

1) daß die evangelische Gemeinde durch einen Vertrag vom 9. Oktober 1837 die Baupflicht für die Zukunft übernommen und
2) daß dieselbe in Folge dieses Vertrags auch wirklich gebaut habe.

Dadurch sei der großherzogliche Fiscus frei geworden und die Verbindlichkeit, den jetzt bevorstehenden Neubau eines Schulhauses in eigenen Kosten herzustellen, auf die genannte Gemeinde übergegangen.

In erster Instanz wurde die Klägerin auf den Grund der zweiten Einrede abgewiesen, weil sie in der Klage selbst anführe, daß sie in Folge der Uebereinkunft vom 9. Oktober 1837 wirklich gebaut habe.

Diese Entscheidung erlitt jedoch in zweiter Instanz unterm 20. Januar 1851 eine Abänderung zu Gunsten der Klägerin.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Nach §. 59 des Schulgesetzes vom Jahr 1835 fallen die Kosten der Erbauung und Unterhaltung des Schulhauses, ohne Unterschied, welcher Confession dasselbe angehört, in allen Fällen auf die Gemeinde, in so weit nicht nach den Bestimmungen des Bauedicts vermöge eines besonderen Titels ein anderer Bauherr oder aber ein besonderer Fonds vorhanden ist.

Die politische Gemeinde Dossenheim, welche das Schulgebäude vergrößern und die Baupflicht übernehmen soll, behauptet nun in ihrer Klage, daß diese Verbindlichkeit von jeher dem großh. evangelischen Kirchenfiscus obgelegen und derselbe auch stets aus dem Unterländer, früher reformirten Kirchenfond die von ihm vorgenommenen Schulhausbauten bestritten habe. Der beklagte Kirchenfiscus gibt zu, daß er ursprünglich die Verbindlichkeit zum Schulhausbau gehabt und erfüllt habe; er wendet jedoch ein, daß aus Anlaß der Errichtung einer eigenen evangelischen Pfarrei in Dossenheim, wobei das seitherige Schulgebäude als Pfarrwohnung bestimmt wurde, die evangelische Gemeinde daselbst auf vorgängige Unterhandlungen mit dem großh. Ministerium des Innern, evangel. Kirchensection, unterm 9. Oktober 1837 mit erfolgter Staatsgenehmigung sich verbindlich gemacht, ein neues evangelisches Schulhaus zu erbauen und forthin zu unterhalten, wogegen das Ministerium einen Beitrag von 500 fl. ein für allemal zugesagt und geleistet habe. Diesem Uebereinkommen gemäß sei der Neubau von der Gemeinde auch ausgeführt und bisher unterhalten worden.

Allein die angeführte Uebereinkunft und das darauf gefolgte Baufactum kann der politischen Gemeinde, welche hier als Klägerin auftritt, mit rechtlichem Erfolg nicht entgegen gehalten werden.

Der oben erwähnte §. des Schulgesetzes, indem er der politischen Gemeinde eine Verpflichtung auferlegt, gibt ihr eben damit auch die Berechtigung, auf denjenigen der vermöge eines besonderen Titels Bauherr ist, zu greifen.

Im Jahr 1837, also nach dem Erscheinen des Schulgesetzes, konnte sich der Bauherr, hier der evangelische Kirchenfiscus, von der Baulast, der politischen Gemeinde gegenüber nicht dadurch befreien, daß er mit den evangelischen Confessionsgenossen, welche nur einen Theil der politischen Gemeinde bilden, eine Uebereinkunft abschloß, welche die Abwälzung der Baulast bezweckte. Durch einen solchen Vertrag konnte die Gesammtheit der bürgerlichen Einwohner der politischen Gemeinde, weil sie, obwohl bei der Sache betheiligt, nicht beigezogen wurde und nicht mitgewirkt hat, in keiner Weise gebunden

werden. Dies folgt klar aus dem L.R.S. 1119, wornach man nur in eigenem Namen für sich selbst Verbindlichkeiten übernehmen, oder solche sich bedingen kann und aus L.R.S. 1165, wornach Verträge nur unter denjenigen, die sie schließen, ihren Wirkungskreis haben, einem dritten aber keinen Nachtheil bringen können.

Ganz dasselbe gilt auch von dem der Gemeinde entgegengehaltenen Baufactum. Dasselbe stellt sich nämlich nach den Vorträgen der Parteien in Uebereinstimmung mit den vorliegenden Administrativacten nur als Vollzug der gedachten Uebereinkunft dar. Der beklagte Fiscus hat nirgends die Behauptung aufgestellt, daß die politische Gemeinde aus ihren Mitteln den Schulhausbau vollführt habe, sondern er beruft sich in seiner Vernehmlassung lediglich auf den Neubau, wie ihn die Klägerin selbst in ihrer Klage anführt. Dort ist aber ausdrücklich nur behauptet, daß die protestantische Gemeinde vor ein paar Jahren ein neues Schulhaus erbauen mußte.

Daß lediglich dieser Neubau es ist, welchen der Beklagte geltend macht, ergibt sich auch aus seiner Behauptung, wornach nicht nur der Neubau, sondern auch die seitherigen Unterhaltungskosten ganz der mehrgedachten Uebereinkunft gemäß von der Gemeinde getragen worden seien.

Hiernach kann die vom beklagten evangel. Kirchenfiscus zugestandene Baupflicht zum evangel. Schulhaus der politischen Gemeinde gegenüber nicht als aufgehoben oder erloschen betrachtet werden.

Dagegen versteht es sich von selbst, daß dem beklagten Fiscus die aus der Uebereinkunft mit der evangelischen Kirchengemeinde entspringenden Rechtszuständigkeiten unbenommen bleiben.

Ein Votum sprach sich mit anderen Worten dahin aus, daß durch die Uebereinkunft vom 9. Oktober 1837 keine Rechtswandlung zu Stande gekommen sei, wodurch die politische Gemeinde statt des Fiscus die evangelische Gemeinde als Bauschuldner angenommen und den Fiscus freigegeben hätte. L.R.S. 1275 und 1277. Der Fiscus bleibe daher der politischen Gemeinde nach wie vor baupflichtig, vorbehaltlich seines Rückgriffs auf die evangelische Kirchengemeinde, mit welcher sich jener abgefunden habe. D. R.

III.

Oberhofgericht.

1) Wenn der Inländer, welchem eine richterliche Verfügung zugestellt werden soll, vorübergehend im Ausland abwesend, so ist die Zustellung nicht durch Vermittlung der Behörden des Auslandes an seine Person zu bewirken (§. 270 d. P.O.), sondern an seine Vertreter in der Heimath. §. 262, 263 d. P.O.

2) Versäumungserkenntnisse sind nicht blos den Partien, sondern stets auch ihren Anwälten zuzustellen. §. 657 d. P.O.

Annalen 1836, (IV.), No. 8, III., S. 48. (vergl. Annalen 1833, (I.), No. 35, S. 216, 1. u. Note.

In Sachen des Joseph Waldvogel von St. Märgen, Wkl., gegen den Hirschwirth Fehrenbach daselbst, Wiederbeklagten, erging bei großh. Landamt Freiburg am 4. Februar 1849 ein Urtheil zum Nachtheil des Wiederbeklagten, gegen welches dessen Anwalt rechtzeitig die Berufung anzeigte.

Dem Beklagten, welcher in Geschäften nach England verreist war, ließ das großh. Landamt die Ausfertigung des Urtheils durch Ersuchschreiben an die englischen Gerichtsbehörden zustellen, und diese Zustellung wurde am 2. Juli 1849 in London bewirkt.

Am 4 August trug der Anwalt des Wiederklägers auf Verfallenerklärung an, welche an demselben Tage erfolgte und dem Wiederbeklagten nach dem eingekommenen Insinuationsscheine am 20. September 1849 in Peterborough in England behändigt worden sein soll, deren Behändigung an seinen Anwalt aber ganz unterlassen wurde.

Am 23. Oktober 1849 kam dann die Beschwerdeschrift bei großh. Hofgerichte des Oberrheinkreises ein, welches durch Erkenntniß vom 3. Dezember 1849 die eingelegte Berufung als unstatthaft verwarf.

Gegen dieses Erkenntniß wurde die Oberappellation ergriffen, und auf die mündliche Verhandlung am 24. Juli 1850 hob das großh. Oberhofgericht (I. Sen.) das Erkenntniß des großh. Hofgerichts des Oberrheinkreises auf und überließ demselben auf die Appellationsbeschwerdeschrift Ladung zu verfügen und in der Sache selbst das Rechtliche zu erkennen.

Zur Begründung dieser Entscheidung wurde ausgeführt:

Die Prozeßordnung schreibt vor, daß die Einhändigung richterlicher Beschlüsse entweder an die Person des Beklagten, oder durch Abgeben an erwachsene Personen, die zu dessen Familie oder Gesinde gehören, *in seinem Wohnsitze oder an seinem Aufenthaltsorte*, **wenn er keinen Wohnsitz hat,** geschehen soll. §. 262 d. P.O.

Nur wenn der Beklagte seinen Wohnsitz oder Aufenthaltsort im Auslande oder in einem andern Gerichtsbezirke des Inlandes hat, wird die Bewirkung der Zustellung dem Kläger überlassen, oder auf dessen besondern Antrag das Gericht des Wohnsitzes oder Aufenthaltsortes durch Ersuchschreiben zu deren Bewirkung veranlaßt. §. 270 d. P.O.

Der Beklagte, Oberappellant Joseph Waldvogel hat nun unbestritten *seinen Wohnsitz* in St. Märgen; die Bestimmung des §. 270 der P.O. ist also hier nicht anwendbar, denn dadurch, daß der Beklagte *zeitweise* auf dem Uhrenhandel im Auslande abwesend ist, hat er weder seinen Wohnsitz in St. Märgen aufgegeben, noch sich einen ständigen oder gewöhnlichen Aufenthaltsort im Auslande gewählt. L.R.S. 102, 103, 104, 105 arg 115.

Die Zustellung des Urtheils, sowie der Verfallenerklärung der Berufung hätte daher, weil sich der Beklagte nur außergewöhnlich auf seinem Uhrenhandel in Peterborough in England befand, nicht an diesem letzten Orte auf diplomatischem Wege, sondern an seinem gewöhnlichen Wohnsitze durch den Gerichtsboten nach §. 262 oder 263 d. P.O. geschehen sollen. *)

Durch diese Verletzung der Prozeßvorschriften kam es, daß der Beklagte im fernen Auslande Kenntniß von einzelnen Vorgängen in seinem Rechtsstreite erhielt, wo er doch außer Stand war, hiewegen entweder selbst zu handeln oder zu rechter Zeit die nöthigen Vorkehrungen zu treffen; während seine Familie zu Hause nichts erfuhr, obschon vernünftigerweise vorausgesetzt werden darf, daß ein vorsichtiger Familienvater für die Zeit seiner etwaigen Abwesenheit gerade an seinem Wohnsitze oder in seiner Familie die nothwendigen Anordnungen hinsichtlich etwaiger Vorkommnisse getroffen haben wird, — wie ja das Gesetz selbst eine Bevollmächtigung der Verwandten und der Ehefrau präsumirt. No. 135 d. P.O.

Mit dieser ungesetzlichen Zustellung im fernen Auslande hat der Unterrichter aber noch eine weitere Verletzung der Prozeßvorschriften sich zu Schulden kommen lassen.

Es ist nicht nur ganz in der Natur der Sache liegend, daß, sobald eine Partei für sich einen Anwalt oder Bevollmächtigten aufgestellt hat, diesem von allen gerichtlichen Vorgängen Kenntniß gegeben werde, weil nur hierdurch es möglich ist, daß der Anwalt oder Bevollmächtigte seinem Auftrage entsprechen kann; sondern es bestehen auch hierüber bestimmte gesetzliche Vorschriften, — §. 264 d. P.O. — insbesondere aber schreibt §. 657 d. P.O. vor, daß jedes Versäumungserkenntniß — und hiezu gehören auch die Verfallenerklärungen — nicht blos dem Bevollmächtigten oder Anwalt, sondern in jedem Falle *auch der Partei* selbst zu behändigen sei.

Diese Bestimmung setzt die jeweilige Zustellung aller gerichtlichen Beschlüsse an den Anwalt als *allgemeine* Regel unabänderlich voraus, und verlangt nur, obschon die Partei in ihrem Rechtsstreite vielleicht nicht selbst vor Gerichte aufgetreten ist, noch die Zustellnng an sie*). — Art. 2 der Prozeß-Novelle zu §. 383 u. 384 d. P.O. —

*) Es kann nicht wohl einem Zweifel unterliegen, daß die Partie (welcher allerdings die gewöhnliche Wiederherstellungsfrist des §. 658 d. P.O. von dem Tage an läuft, an welchem das Versäumungserkenntniß einer erwachsenen Person ihrer Familie oder ihres Gesindes oder dem Vorsteher der Gemeinde *in ihrer Abwesenheit* behändigt worden war) noch innerhalb 14 Tagen nach ihrer Rückkehr auf den Grund und unter den Formen des §. 661 d. P.O. um Wiederherstellung wird nachsuchen können!

D. E.

*) Während in der Redactionsnote S. 216 der No. 35 der Annalen von 1833 (I.) behauptet ist, die Wiederherstellungsfrist laufe stets von der Zustellung des Versäumungserkenntnisses an die *Partei*, wird S. 336 ll. der No. 43 der Annalen von 1845 (XIII.) ausgeführt, der Fristenlauf sei immer von dem Tage an zu rechnen, an welchem die *letzte* der beiden Zustellungen (an den Anwalt und die Parthie) stattgefunden habe, da beide (Partie und Anwalt) *als ein* Rechtssubject bezüglich auf die Prozeßführung zu betrachten seien.

An der Richligkeit dieser milderen Ansicht möchte ich jedoch im Hinblick auf §. 384ab. (Art. 2 d. Pr.N.) zweifeln, worin ausdrücklich erklärt ist, daß jedesmal und allein die Zustellung an die Partei selbst den Beginn des Fristenlaufs entscheide.

Die ursprünglich nur für Versäumungserkenntnisse vorgeschriebene Förmlichkeit der Behändigung derselben auch an die Partie außer dem Anwalt wurde durch Art. 2 des Gesetzes vom 3. August 1837 auf sämmtliche Urtheile ausgedehnt und

Diese Vorschrift der Zustellung der Verfallenerklärung auch an den Anwalt des Beklagten ist in vorliegendem Falle völlig außer Acht gelassen worden; während dem Beklagten die Verfallenerklärung in Peterborough in England zuging, hat weder seine Familie noch sein Anwalt am Gerichtssitze Kenntniß davon erhalten.

Diese Verletzung der Vorschriften des Verfahrens erscheint — auch abgesehen davon, daß die Verfallenerklärung selbst um zehn Tage zu früh ausgesprochen wurde — so wesentlich, daß das Apellationsgericht, weil die Verfallenerklärung noch gar nicht in gesetzlicher Weise zugestellt ist, auch auf sie hätte keine Rücksicht nehmen, daher auf die eingekommene Berufungsbeschwerdeschrift — als rechtzeitig — Ladung hätte verfügen sollen.

Stempf.

IV.

Mittheilung aus dem — noch ungedruckten — 2. Hefte der Schrift: „Die Verbrechen des neuen Strafgesetzbuches" für das Großherzogthum Baden — Begriff und Thatbestand — von dem Hofrichter von Kettenacker.

XVII.

§. 42.

Von dem Diebstahl (Tit. XXVI. des Strafgesetzbuchs.)

Unser neues Strafgesetzbuch hat — sich an die Grundsätze des gemeinen deutschen Criminalrechtes über den Begriff und Umfang dieses Verbrechens anschließend — uns eine Definition gegeben, welche von jener des römischen furtum *) wesentlich abweicht, indem sie insbesondere die Zueignung des Besitzes oder Gebrauches der entwendeten Sache von dem Begriffe des Diebstahls ausschließt. **)

Begriff.

Hiernach besteht der Diebstahl in der mit der Absicht eines widerrechtlichen Gewinnes verbundenen Zueignung fremder, beweglicher, körperlicher Sachen mittelst eigenmächtiger Apprehension derselben.

„§. 376. Wer eigenmächtig von einer fremden, beweglichen, in der Inhabung eines Andern befindlichen Sache in der Absicht Besitz ergreift, durch deren Zueignung sich oder einem Dritten einen unrechtmäßigen Gewinn zu verschaffen." ***)

Der Ausdruck „Entwendung" bezieht sich auf jene widerrechtlichen Zueignungsfälle, welche entweder gar nicht, oder nur unter besondern Voraussetzungen, oder aus andern hierher nicht einschlagenden Rücksichten bestraft werden. Er wird gleichwohl auch als gleichbedeutend mit „Diebstahl" genommen. (§. 378, 411, 477, 464, 388, 397—399, 578, 579 des Strafgesetzbuchs). Im gemeinen Leben versteht man darunter die eigenmächtige Besitzergreifung fremder, körperlicher und beweglicher Sachen, gleichviel ob zum Zwecke des widerrechtlichen Gebrauchs oder der widerrechtlichen Zueignung.

---

zwar aus demselben Grunde, welcher ursprünglich die Einführung jener Förmlichkeit für Versäumungserkenntnisse veranlaßt hatte, nämlich damit die Partie gegen eine ihr nachtheilige (weitere) Säumniß ihres Anwalts sich nicht darauf berufen könne, daß ihr das Verhältniß unbekannt gewesen sei, damit also die Partie Anlaß zur Controlirung ihres Anwalts und im Falle seiner Nachläßigkeit zu anderweiter Fürsorge habe.

Wenn also der Gesetzgeber bei den Urtheilen unzweideutig zu erkennen gibt, wie er es mit dem Fristenlauf gehalten wissen wolle, so ist nicht abzusehen, daß und warum er es unter ganz gleichen Verhältnissen bei Versäumungserkenntnissen anders gehalten wissen wollte, um so weniger als die Fiction der Einheit des Rechtssubjects — Anwalt und Partie — bei der Prozeßführung unbestreitbar auch bei Verkündung beziehungsweise Behändigung der Urtheile einschlagen müßte; diese aber, wenn sie der Ansicht des Gesetzgebers entspräche, der Anordnung desselben in §. 384 b. ebenso entgegenstünde, wie der Ansicht, daß bei Versäumungserkenntnissen die Zeit der Behändigung an die Partie über den Beginn des Fristenlaufs entscheide. D. E.

*) Nach Birnbaum (Archiv des Crim.-R. n. F. J. 1843, S. 19) müssen die Worte des Juristen Paulus (L. 1. §. 3. D. de furtis) so wiedergegeben werden:

„Furtum ist die widerrechtlich einen Andern benachtheiligende Handlung, wodurch Jemand eine Sache von ihrer Stelle bringt, entweder um sich die Sache selbst zuzueignen, oder um sich den Vortheil ihres Gebrauches oder ihres Besitzes zu verschaffen."

**) Henke a. a. O. §. 142, K. G. Wächter Abh. in Weiske's R.L. 36, S. 358—387. Motive zu §. 337 d. Entw., S. 96, 1.

***) „Daß die Besitzergreifung der Sache nicht mittelst einer abnöthigenden Gewalt gegen die Person des Inhabers erfolgt sein müsse," hat man mit Recht in die Definition nicht aufgenommen, weil dieses Merkmal nur eine reine Negation enthaltet. Man hat hiemit eine Maxime als richtig anerkannt, auf welche an andern Orten vergebens aufmerksam gemacht wurde. Kommissionsbericht der 2. Kammer, erstattet von dem Abgeordneten Bohm (No. 8) S. 1 u. 3, vergl. die Bemerkungen des Abg. Vogel bezüglich auf den §. 204 des Strafges. Buchs.

Thatbestand.

Zum Thatbestand des Diebstahls gehört:

1) als Gegenstand eine fremde, bewegliche Sache;
2) die Sache muß sich in der Inhabung eines Andern befinden.

Es gehört ferner dazu:

3) als nächster Zweck die Zueignung der Sache mittelst eigenmächtiger Besitzergreifung derselben;
4) die Beabsichtigung eines Gewinnes für sich oder einen dritten — als entfernter Zweck der Besitzergreifung;
5) die Unrechtmäßigkeit jenes Gewinnes.

§. 43.

Gegenstand.

Zu 1 §. 42. Das Gesetz will hier nicht den Naturalbesitz einer Sache oder das Recht zum Besitze und Gebrauche derselben, sondern die Sache — ihrer Substanz nach — d. i. das Eigenthum beweglicher Sachen — gegen verbrecherische Angriffe sicher stellen*), setzt aber dabei voraus, daß die Sache überhaupt einen gemeinen, d. h. allen Besitzern gemeinsamen Werth hat. (§. 377 und 378 des Strafgesetzbuchs.) Individuelle Neigungen (Liebhabereien und Verhältnisse, welche der Sache einen besondern, höhern Werth verleihen) kommen nicht in Betracht.

Darum können herrenlose, derelinquirte, vom Rechtsverkehr ausgeschlossene oder völlig werthlose und eigene Sachen nicht Gegenstand des vollendeten Diebstahls, wohl aber des nicht beendigten Versuches sein. (§. 111 des Str.G.B.)

Es gibt kein furtum prossessionis. Nach dem Satz 2279 des L.R. ist es juridisch unmöglich, daß eine Sache, welche einen Besitzer hat, herrenlos sei!

An Sachen, die zwar einen Eigenthümer haben, aber nicht in dem Besitze eines Andern sind, (S. 33, 713, 716 des n. L.R.) kann das Verbrechen des Diebstahles nicht verübt werden.

Bei der Frage: welche Gegenstände sind als beweglich anzusehen, entscheidet der L.R.S. 528. „Ihrer Natur nach beweglich sind die Körper, die sich von einem Ort zum andern bringen lassen, sei es durch eigene Kraft, wie die Thiere, oder durch die Wirkung einer fremden Kraft, als leblose Dinge.“ Gleichgültig hingegen ist es, „ob sie der Thäter schon im beweglichen Zustande findet, oder sie zum Zwecke der Entwendung erst selbst beweglich macht, z. B. eingemauerte Wandspiegel, Fenster, Obstbäume, Faschinenhölzer oder andere Zugehörden einer unbeweglichen Sache durch Lostrennung von derselben *)

Nicht körperliche Sachen — Rechte, Klagen ꝛc. können nicht gestohlen werden.

Inhabung.

Zu 2 §. 42 ist das Verhältniß zu einer Sache, wodurch es uns physisch möglich wird, auf dieselbe mit Ausschluß Anderer einzuwirken, in Verbindung mit dem Willen, dieses Verhältniß für sich oder Andere aufrecht zu erhalten.**)

Inhaber einer Sache ist Jeder, der sie auf solche Weise,

---

*) v. Feuerbach a. a. O. §. 315. Auch Fische in Behältern oder Fischteichen sind Gegenstand des Diebstahls (§. 656 des Strafgesetzbuchs.)

*) Motive zu §. 337 des Entw. S. 96 II. u. S. 98 III. f.

Die Entwendung von Schuldurkunden erscheint nach der Verschiedenheit der Fälle bald als Diebstahl, bald als ein anderes Verbrechen, z. B. als Betrug, oder als Selbsthilfe. Die Entwendung von Schuld-Urkunden, welche auf den Inhaber lauten, ist beim Dasein der übrigen Merkmale des Thatbestandes unbedingt ein Diebstahl; dagegen wäre die Entwendung einer andern auf den Namen des Gläubigers lautenden Urkunde, in der Absicht, sich für diesen auszugeben und auf seinen Namen die Forderung zu erheben, oder die Entwendung einer solchen Urkunde durch den Schuldner selbst, in der Absicht, dem Gläubiger den Beweis seiner Forderung zu entziehen, nicht als Diebstahl, sondern als versuchter oder vollendeter Betrug zu beurtheilen.

Die Entwendung einer Schuldurkunde in der Absicht, seinem eigenen Gläubiger das Beweismittel zu entziehen, und sich auf solche Weise von der übernommenen Verbindlichkeit zu befreien, desgleichen einer von einem Dritten ausgestellten Rechtsurkunde in der Absicht, den rechtmäßigen Inhaber zu beschädigen, fällt unter den §. 570 des Strafgesetzbuchs. Fälle der betrüglichen Entwendung eigener Sachen führt uns der §. 464 das. vor.

Man vergl. noch den §. 270 (von dem Kinderdiebstahl), sodann die §§. 462 und 463 (von der Verfügung über eine mit Beschlag belegte, oder zum Faustpfand gegebene Sache) und die §§. 578 und 579 (von der Eröffnung eines Grabes und Entwendung aus demselben, ferner von der Entwendung oder Verstümmelung eines Leichnams), endlich den §. 651 (von der Wilddieberei.)

Daß in einem Abschnitt des Gesetzbuches, welcher von Verbrechen gegen das Eigenthum handelt, Verletzungen der Person nur insoweit vorkommen können, als diese mit Verletzungen der Eigenthumsrechte zusammentreffen, versteht sich wohl von selbst.

Vergl. ferner den §. 651, die Wilddieberei betreffend.

**) G. F. Puchta, Abh. in Weiskes R.Lex. II. Bd., S. 41—42.

gleichviel ob mit Recht oder Unrecht, für sich oder für Andere besitzt, mit welchen er der Sache wegen in Vertragsverhältnissen steht.*)

Eine Innehabung verlorner — d. i. solcher Sachen, die man die Seinigen nennen darf, ohne daß man die zuständige rechtliche Herrschaft über dieselben ausüben kann, weil man nicht weiß, wo sie sich befinden und die eben deßhalb für Jedermann Gegenstand des Aufsuchens und Findens sind, gibt es nicht; wohl aber wird die Innehabung einer Sache dadurch nicht aufgehoben, daß man das oben bezeichnete Verhältniß der Innehabung nur vorübergehend unterbricht, und solches jeden Augenblick wieder herzustellen vermag, insofern eine solche Wiederherstellung nicht durch eine widerechtliche Apprehension vereitelt wird.**)

Setzen wir den Fall: A. steckt an einem öffentlichen Orte zufälligerweise Weise sein Sacktuch neben, statt in die Tasche, oder er legt seine Dose auf den Tisch und entfernt sich, ohne dieselbe einzustecken. In kurzer Zeit kehrt er zurück, um sein Versehen gut zu machen, und erfährt, daß sein Nachbar B. die Gelegenheit, jene Sachen sich zuzueignen, benützt habe. Hier würde sich B. gewiß ohne Erfolg darauf berufen, daß er eine verlorene Sache gefunden habe, demnach, da es keinen Funddiebstahl gebe, nicht nach dem §. 376, sondern nach dem §. 407 des Strafgesetzbuches zu behandeln sei.

Die Inhabung einer Sache wird eben so wenig dadurch aufgehoben, daß man einem Andern eine bestimmte, beschränkte Einwirkung auf dieselbe gestattet, ohne den Besitz derselben aufzugeben.***)

*) Hiernach kann auch an gestohlenen Sachen ein Diebstahl verübt werden.

Abegg a. a. O. §. 349, S. 460.

**) L. W. Schenk, Abh. über den Funddiebstahl im Cr.Arch. n. F., J. 1834, S. 200.

„Soll von dem Finden einer Sache die Rede sein, so muß dieselbe, wenn nicht wirklich vacuae possessionis, dem Finder doch als unbesessen erschienen sein."

„Es ist in der Regel nicht gefunden, sondern gestohlen, wenn Lohnkutscher sich zueignen, was Jemand aus Vergessenheit in der Kutsche gelassen hat."

Ascher über Betrug und Fälschung S. 262. N. *

Die Beantwortung der Frage: was als verloren und gefunden zu betrachten sei, wird in concreto selten schwierig sein, wenn es auch schwer halten sollte, den Begriff solcher Sachen auf eine jedes Mißverständniß beseitigende Weise in abstracto zu bestimmen.

***) Man vergl. §. 46 d. Schr. v. Feuerbach a. a. O. 315 a. S. 513.

Hiernach hören z. B. der Gastwirth, welcher seinen Gästen das zum Essen übliche Besteck, der Meister, welcher seinen Gesellen das zur Arbeit benöthigte Werkzeug überläßt, nicht auf, Besitzer dieser Gegenstände zu sein.

Dagegen hört die Inhabung auf, und es kann sohin von einem Diebstahl weiter die Rede nicht sein, wenn die Sache durch Zufall, z. B. Verwechslung, oder in Folge eines Rechtsgeschäftes in den Besitz eines Miteigenthümers kömmt. Ein solcher Besitzer macht sich durch Zueignung (nicht durch die blose Apprehension) des Verbrechens der Unterschlagung schuldig. (§. 400 u 407 des Strafgesetzbuches.)

Besitzergreifung und Zueignung.

Zu 3 §. 42. Man ergreift Besitz von einer Sache, die sich in der Inhabung eines andern befindet, indem man die willkürliche Einwirkung des bisherigen Besitzers durch positive Handlungen ausschließt, und die Sache in seine Gewalt (Hand, Wehre, Gewahrsam) bringt, — mit andern Worten: wenn man jenes Verhältniß, welches die Inhabung des andern begründet, durch positives Einschreiten gegen den Inhaber aufhebt, und ein solches Verhältniß zur Sache für sich herstellt.*)

Die Besitzergreifung muß animo rem sibi habendi geschehen: sie muß die Zueignung der Substanz der Sache zum Zwecke haben.**)

Die Handlungen, welche zu diesem Ziel führen, sind entweder

a) vorbereitende — z. B. die Herbeiführung eines Wagens, um die Früchte, die man sich zueignen will, aufzuladen (welche jedoch nach §. 108 nicht bestraft werden), oder

*) Wächter a. a. O. S. 401.

**) „Wenn die Absicht des Thäters nicht darauf gerichtet war, sich die Sache selbst, sondern nur darauf, sich den Gebrauch der Sache widerrechtlich zuzueignen, so ist kein Diebstahl vorhanden, weil das Gesetz kein furtum usus kennt, sondern es erscheint dann die Wegnahme lediglich als eine nach dem bürgerlichen Recht zu beurtheilende widerrechtliche Handlung, welche nur bürgerliche Klagen erzeugt, insofern sie nicht im einzelnen Fall in ein bestimmtes anderes Verbrechen übergeht, z. B. in das Verbrechen der Selbsthilfe oder der Gewaltthätigkeit." Anmerk. der Ges. geb. Commiss. zu §. 337 des Entw. S. 97, III. a.

Bei fungibilen Sachen ist die Absicht stets auf die Substanz gerichtet, denn der Gebrauch, den man davon macht, kann nur darin bestehen, daß man sie verzehrt oder verwendet.

Grollmann a. a. O. §. 181, S. 204. Henke a. a. O. S. 416.

b) Anfangshandlungen, z. B. die Erbrechung eines Schrankes, um die Gegenstände, welche er enthält wegzunehmen, oder sie sind

c) Handlungen, wodurch die Besitzentsetzung des Inhabers und die Besitzergreifung von Seite des Diebes beendigt wird.

Sie muß ferner eigenmächtig, d. i. ohne Einwilligung des Inhabers (beziehungsweise Eigenthümers) oder wider den Willen desselben und mit dem Bewußtsein der verbrecherischen Elemente geschehen. Ueber die Einwilligung entscheiden die Bestimmungen des Civilrechts.

Darauf, ob man dabei heimlich oder offen zu Werke geht, kömmt es nicht an

Wenn der Eigenthümer in die Zueignung der Sache einwilliget, so ist die Handlung kein Diebstahl; ebenso wenig ist ein Diebstahl vorhanden, wenn nicht der Eigenthümer, sondern ein dritter detinirt und wider Wissen und Willen des Eigenthümers in die Wegnahme der Sache einwilliget, sondern vielmehr in diesem Falle eine Unterschlagung, welcher sich der einwilligende Dritte schuldig macht. Hatte der Wegnehmende von diesem Verhältniß Kenntniß, so stellt er sich als Gehilfe dieses Verbrechens dar. Als Dieb kann letzterer nicht betrachtet werden, weil er die Sache dem Besitzer nicht eigenmächtig wegnahm, als Urheber der Unterschlagung eben so wenig, weil ihm die Sache nicht anvertraut war. *)

Die Einwilligung, welche erst nach der Besitzergreifung und Zueignung erfolgt, hebt den Begriff des vollendeten Diebstahles eben so wenig auf, als der Vorsatz des dereinstigen Rückersatzes oder die wirkliche Widerherstellung des Entwendeten nach vollbrachter That. (§. 395 des Strafgesetzbuchs.)

Geschah die Entwendung mit dem Vorhaben, den Ersatz zu leisten, so wird dadurch

a) die Absicht des Thäters, sich oder andern einen unrechtmäßigen Gewinn zu verschaffen, ausgeschlossen, oder

b) es zeigt sich, daß der Thäter dessenungeachtet einen solchen Gewinn beabsichtigt habe.

Z. B. A. bietet dem B. ein Gemälde um 1000 fl. an. Dieser hat kein Geld. Er erfährt einen Liebhaber, der 2000 fl. dafür bezahlen will, entwendet sofort das Gemälde und erstattet dem Eigenthümer den Werth mit 1000 fl.

Offenbar könnte hier die Ersatzleistung den Thäter nicht entschuldigen, während in dem ersten Falle der Mangel eines wesentlichen Merkmales des Thatbestandes der Subsumtion des Falles unter den §. 376 entgegensteht.

Anders verhält es sich bei der Unterschlagung. (§. 400 des Strafgesetzbuches.) Zu dem Thatbestand dieses Verbrechens gehört nämlich, daß der rechtmäßige — beziehungsweise zufällige Besitzer sich die Sache in der Absicht, sie dem Rückforderungsberechtigten nicht zu ersetzen, zugeeignet habe.

Gewinnsüchtige Absicht (animus lucri faciendi.)

Zu 4 §. 42. Wächter tadelt die Art und Weise, wie der animus lucrandi bezeichnet wird. Er befürchtet, daß die verschiedenartigen Ausdrücke der neuern Gesetzgebungen: „in gewinnsüchtiger Absicht, um sich zu bereichern, widerrechtliche Vortheile zu verschaffen u. dgl." Mißverständnisse herbeiführen werden, daß es darum zweckmäßiger gewesen wäre, sich auf den Ausdruck „widerrechtlicher Zueignung" zu beschränken, da auch die Römer durch den anim. lucr. nur dieses widerrechtliche Zueignen im Gegensatz zu der Absicht der blosen Kränkung, des Verderbens, Zerstörens ꝛc. bezeichnen wollten. *)

Wer sich fremde Sachen zueignet, gewinnt das, was Andere, denen die Sache entzogen wird, verlieren. Das Reicherwerden auf der einen und das Aermerwerden auf der andern Seite sind Folgen, welche mit der Zueignung im nothwendigen Zusammenhang stehen, obschon sie in der Absicht des Handelnden nicht immer zusammentreffen, z. B. wenn ich eine Summe Geldes mit dem Vorsatz entwende oder unterschlage, dem Eigenthümer aus der Verlassenschaft eines Verwandten, den ich zu beerben gedenke, den Verlust wieder zu ersetzen.

(Schluß folgt.)

*) Wächter, S. 397 a. a. O. Motive zu §. 337 des Entw. S. 97, III. 2.

*) A. a. O. S. 398 und 399. Man vergl. den §. 570 des Strafgesetzbuchs, die Strafe der Beschädigung fremder Sachen betreffend.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. | No. 12. | Mannheim, 22. März 1851.

I.

Mittheilung aus dem — noch ungedruckten — 2. Hefte der Schrift: „Die Verbrechen des neuen Strafgesetzbuches" für das Großherzogthum Baden — Begriff und Thatbestand — von dem Hofrichter von Kettenacker.

(Schluß.)

Die Absicht, eine fremde Sache zu zerstören, zu beschädigen rc., schließt die Absicht, sich solche zuzueignen, aus. Von diesem Gesichtspunkte aus könnte die Ansicht Wächters als vollkommen gerechtfertiget erscheinen. Allein es gibt auch Fälle widerrechtlicher Zueignung, welche den Anim. lucri fac. ausschließen, und gerade dieser Fälle wegen war es nothwendig, die gewinnsüchtige Absicht in die Definition des Verbrechens aufzunehmen.

Setzen wir den Fall: A. bedarf plötzlich eines Reitpferdes, um sich der Verfolgung einer feindlichen Streifpatrouille durch die Flucht zu entziehen. Er ergreift das nächste, fremde Pferd, weil er in diesem Augenblick über sein eigenes nicht verfügen kann, und läßt dem Eigenthümer das Seinige, welches den gleichen, oder noch einen höhern Werth hat, zurück. Ein anderes Beispiel: A. hat an den B. 500 fl. zu fordern. Der Schuldner besitzt kein unbewegliches Gut, weiß aber das bewegliche der Nachstellung des Gläubigers und der Zugriffsbehörde mit seltener Gewandtheit zu entziehen. A. entdeckt nun ein Depositum des B. im Betrage seiner Forderung; er befürchtet, daß B. alsbald damit verschwinde, und entschließt sich, solches zu entwenden. In beiden Fällen eignet er sich fremde Sachen auf eine widerrechtliche Weise zu, in keinem derselben unternimmt er die Handlung in der Absicht, sich oder andern einen Gewinn zu verschaffen.

Es spricht noch ein weiterer Grund für die Aufnahme dieses Merkmales. Manche Dinge, z. B. Knochen, Lumpen rc. sind an und für sich werthlos, sie erhalten jedoch einen Werth, wenn man sie sammelt, um sich durch Ablieferung derselben an Fabrikinhaber oder Andere, die mit solchen Gegenständen Handel treiben, einen Gewinn zu verschaffen, während sie außerdem, wie z. B. ein Bogen Papier, oder eine Feder, die man entwendet, um einen Brief zu schreiben, als völlig werthlos zu betrachten sind, weil es hier offenbar an der gewinnsüchtigen Absicht fehlt.*)

Das Gesetz stellt übrigens

a) die Absicht, sich selbst einen Gewinn zu verschaffen

b) der Absicht, den Gewinn einem Dritten zuzuwenden — gleich.**)

Unrechtmäßigkeit des beabsichtigten Gewinnes.

Zu 5 §. 42. Nicht überall, wo die von 1—4 aufgezählten Erfordernisse vorhanden sind, stellt sich die Handlung als ein widerrechtliches, strafbares Attentat auf fremdes Gut dar, z. B. wenn der Eigenthümer, welcher durch einen andern besitzt, in die Wegnahme, und in die Zueignung derselben einwilligt, oder insofern das Gesetz oder ein richterliches Einweisungsdecret die Besitz-

---

*) Bohm Comm.-Bericht der 2. Kammer (8) S. 3. Trefurt, betr. die Prüfung des von der 1. Kammer an die 2. herübergebrachten Entw. S. 276. Thilo a. a. O. S. 322 und 323.

**) Als Dritter kann jedoch der Eigenthümer, dem man die Sache entwendet, nicht angesehen werden. Mit Recht wurde also der Dienstbote, von welchem Mittermaier in Note V. zu §. 319 erzählt, daß er seinem Herrn Getraide heimlich wegnahm, um dessen Pferde zu füttern, nicht als Dieb behandelt, denn er wollte durch die Apprehension der Sache weder sich, noch einem Dritten einen Gewinn verschaffen.

ergreifung und Zueignung der fremden Sache rechtfertiget, oder wenn Jemand im Nothstande fremde Sachen entwendet oder in Fällen, wo (wie bei dem Familien- und Hausdiebstahl) das Verbrechen nur auf Anzeige des Bestohlenen strafrechtlich verfolgt wird, und dieser die Anzeige vor der Verkündigung des Erkenntnisses zurücknimmt (§. 392 d. Str.G.B.), oder wo das Gesetz eine strafrechtliche Verfolgung des Diebstahls überhaupt nicht zuläßt. *)

Die Unrechtmäßigkeit bildet daher ebenfalls ein wesentliches Merkmal des Thatbestandes.

Was die Frage der

Vollendung

betrifft, so entscheidet die Apprehensionstheorie, welche schon durch die Praxis des gem. Rechts zur Herrschaft gelangte. **)

Wenn also der Dieb wirklich den physischen Besitz vollständig erlangt hat, und eben dadurch der Bestohlene desselben entsetzt worden ist, so ist der Diebstahl vollbracht, vorausgesetzt, daß mit dieser Apprehension auch die weitern §. 42, 1, 2, 4 und 5 d. Schr. bezeichneten Merkmale zusammentreffen.

Darauf, ob der Thäter die Absicht ganz oder zum Theil oder gar nicht erreicht habe, kommt es bei der Frage der Vollendung nicht an. (Motive, S. 98 c) Wollte er jedoch mehrere Gegenstände entwenden, es gelang ihm aber nur, einen Theil davon in Besitz zu nehmen, so ist das Verbrechen nur hinsichtlich dieses Theiles vollendet.

Veränderung des Entschlusses.

Daß eine Veränderung des Entschlusses nach vollbrachter That diese selbst, mitbin auch die strafrechtlichen Folgen derselben, nicht aufheben könne, wurde bereits oben zu 3, §. 42 bemerkt. *)

Streitiger ist die Frage über die Wirkung einer Veränderung des Entschlusses vor der vollbrachten That.

Es fragt sich:

> Liegt ein Diebstahl vor, wenn nach der Besitzergreifung eine Aenderung des Entschlusses eintritt — wenn z. B. der Thäter, welcher den Besitz von der Sache in der Absicht ergreift, davon einen bestimmten Gebrauch zu machen, dieselbe, nachdem er sie auf solche Weise benützt hat, sich in gewinnsüchtiger Absicht zueignet, statt sie dem Inhaber, dem er sie entzog, wieder zurückzugeben.

Das Gesetz verlangt:

a) eigenmächtige Apprehension der Sache,
b) deren Zueignung,
c) gewinnsüchtige Absicht. **)

Ohne diese Erfordernisse kann der Diebstahl nicht begangen werden, b. und c. müssen vorhanden sein, wenn man einen versuchten, a. b. und c., wenn man einen vollendeten Diebstahl annehmen will. Daß sie der Zeit nach zusammentreffen müssen — (der Regel nach geht der Gedanke der That, das Wollen dem Wirken voraus), verlangt das Gesetz nicht. Mann kann auch der Unterstellung einer solchen Intention des Gesetzes um so weniger Raum geben, da die Zeit, in welcher die Verbindung beider Handlungen (das Objective und das Subjective) zu Stande kömmt, keinen Einfluß auf die Integrität des Eigenthums übt, welcher geeignet wäre, für den Fall, wo in Folge der Veränderung des Ent-

---

*) Man vergl. §. 6 d. Schr., Note ††), §. 388 des Strafges.-Buchs, Entwendungen unter Ehegatten oder an Abkömmlingen betr. Das Gesetz schreitet gegen den Diebstahl als eine Handlung, wodurch die Eigenthumsrechte verletzt werden, ein. Liegt nun keine Rechtsverletzung, oder nur eine solche vor, welche nicht bestraft werden darf, so kann von einer unrechtmäßigen Handlung, beziehungsweise von unrechtmäßigem Gewinn, im strafrechtlichen Sinne die Rede nicht sein.

**) Anmerk. der Gesetz geb. Commiss., S. 96, III., 1., der Dieb muß sich der Sache, wenn das Verbrechen vollendet sein soll, in der Weise bemächtigt haben, daß seine physische Detention angefangen, und die des bisherigen Inhabers aufgehört hat. Wächter über Consumat. des Diebstahls im Crim.-Archiv, n. F. J. 1840, S. 165.

Thilo a. a. O. Note 2 (7), S. 321. Henke a. a. O. S. 404 u. 405.

*) Wächter über Consum. S. 167: „Hat der Dieb die Sache wirklich ergriffen, in der Absicht, sie sich zuzueignen, so ist der Diebstahl vollendet. Was nachher mit der Sache geschieht, ob der Dieb mit ihr ergriffen wird, ob er später seinen Entschluß ändert — dies hat auf die Frage, ob ein vollendeter Diebstahl vorliegt, keinen Einfluß."

**) Es ist daher kein consumirter, sondern nur ein versuchter Diebstahl, wenn Jemand eine Sammlung von Edelsteinen eigenmächtig ergreift und auseinanderlegt, um die ächten von den falschen (künstlich gefertigten) zu scheiden, sich sofort einen Theil der erstern zuzueignen, von dem Eigenthümer jedoch auf der That ergriffen wird, ehe er die beabsichtigte Auswahl getroffen, die Sache demnach sich wirklich zugeeignet hat.

schlusses die verbrecherische Absicht erst später hinzutritt, eine abweichende Ansicht des Gesetzgebers zu begründen.*)

*) Es würde, wenn man das Gegentheil annähme, jeder wirkliche und wahre Dieb, welcher durch Handlungen nach der widerrechtlichen Besitzergreifung, z. B. Veräußerung der Sache und Zueignung des Erlöses den anim. furt. verräth, der Strafe des Diebstahles dadurch entgehen, daß er eine Veränderung des Entschlusses vorschützt, und diese grobe Verletzung des Eigenthums ganz unbestraft bleiben, weil sie sich unter keine andere Strafbestimmung subsumiren läßt.

Setzen wir den Fall: Es entsteht Feuer in dem Hause des A.; der Eigenthümer denkt zuerst an die Entfernung seiner Kasse, in welcher sich ein baarer Werth von 2000 fl. befindet. Er will sie retten, nimmt aber mit Schrecken gewahr, daß sie bereits verschwunden ist. Einige Zeit nach dem Brande wird B. vergantet, und unter den mit Beschlag belegten Fahrnissen sieht man die Kiste, in welcher A. seine Gelder aufbewahrt hatte. Dieser, über den Besitz zur Rede gestellt, gibt an: ich besitze diesen Gegenstand seit dem Brande im A'schen Hause. Einer der Ersten, zum Löschen herbeigeeilt, nahm ich die Kasse weg, um sie zu retten, obgleich mich der Eigenthümer gleich beim Eintritt mit dem Bemerken, daß er selbst für die Wegbringung sorgen wolle, aufgefordert hatte, sie kurze Zeit zu bewachen. Der Anblick des Geldes und die Noth, in welcher ich mich damals befand, brachten mich später auf den Gedanken, mir die Summe zuzueignen. Für die Wahrheit seiner Aussagen stehen ein: 1) die Thatsache des Brandes mit den von A. angegebenen Umständen; 2) der Beweis seiner damaligen Anwesenheit im Hause des A.; 3) der bis dahin unbescholtene Ruf des Inculpaten; 4) das Zusammentreffen des Andranges ungestümer Gläubiger und deren Befriedigung mit dem von ihm angegebenen Zeitpunkt der Zueignung. Soll man nun dem B. erwidern: die Kiste wurde dir nicht anvertraut (§. 400 des Strafges.-Buchs), du hast sie nicht gefunden (§. 407 das.), sie kam ebensowenig durch Zufall in deine Hände, denn du hast dich selbst vorsätzlich, wenn auch in guter Absicht, in den Besitz der Sache gesetzt; du hast sie auch nicht gestohlen, weil die diebische Absicht, welche der Apprehension einer fremden Sache vorausgehen, oder sie begleiten soll, erst nach der Wegnahme derselben erfolgte: folglich magst du ohne Strafe von dannen ziehen! Eine solche Aufklärung würde gewiß den Angeschuldigten nicht minder, als den durch die That beschädigten Eigenthümer der Kiste und ihres Inhaltes überraschen, gleichwohl dürfte es Mühe kosten, sie zu überzeugen, daß es bei dem Diebstahl vornehmlich auf den Zeitpunkt ankomme, in welcher die Verbindung der diebischen Absicht mit der eigenmächtigen Wegnahme der fremden Sache zu Stande gebracht wird, daß man also von einer fremden Sache eigenmächtig Besitz ergreifen, und sich solche in diebischer Absicht zueignen könne, ohne einen Diebstahl, oder auch nur eine strafbare Handlung zu begehen. Hätte jedoch B. die Kasse unter Umständen weggenommen, welche ihn dem A. gegenüber als negotior. gestor. darstellen, und hätte derselbe mit der Zueignung wirklich die Absicht verbunden, dem A. für das sich zugeeignete fremde Gut keinen Ersatz zu leisten, so könnte allerdings bei dem Mangel eines bei dem Diebstahl wesentlichen Requisites: der eigenmächtigen Besitzergreifung — nur von dem Verbrechen der Unterschlagung die Rede sein. (§. 45 der Schr. zu 2.)

Ich nehme daher keinen Anstand, die aufgestellte Frage zu bejahen.

§. 44.

Eintheilung.

Das Gesetzbuch hat bezüglich auf die Eintheilung des Diebstahles nach den verschiedenen Stufen seiner Strafbarkeit einen Weg eingeschlagen, der dessen Grundmaximen über die Anwendung unbestimmter Strafgesetze entspricht.

Wir haben —

erste Eintheilung —

1) einen gemeinen und
2) einen gefährlichen Diebstahl. (377 und 381 d. Str.G.B.)

Ein gefährlicher Diebstahl liegt vor, wenn der Dieb bei der Ausführung des Diebstahls Waffen oder andere Werkzeuge bei sich führt, mit welchen lebensgefährliche Verletzungen leicht zugefügt werden können, ferner: wenn der Dieb in bewohnte Räume gewaltsam eingebrochen, oder in einer Weise eingestiegen ist, daß er im Falle der Betretung nicht leicht wieder entfliehen könnte.*) (§. 381, 1 und 2 des Str.G.B.)

Der gemeine Diebstahl unterscheidet sich von dem gefährlichen dadurch, daß er ohne die Merkmale, welche den letzteren charakterisiren, verübt wird.

Die Strafe des erstern richtet sich

a) nach dem Werth den die gestohlene Sache zur Zeit der Entwendung hatte.
b) nach dem Werthbetrage des Schadens, den der Dieb zum Zweck der Ausführung des Verbrechens verursacht hat.

Die erste und zweite gemeine — einfache Entwendung wird, wenn der Werth des Gegenstandes einen Gulden nicht übersteigt, gleichwohl nur als Polizeifrevel bestraft,

*) Das Gesetz hat hiemit zwar die Charaktere des gefährlichen Diebstahls, wie sie unser Str.-Edikt aufstellt, beibehalten, aber dennoch den §. 74 jenes älteren Gesetzes darin wesentlich abgeändert, daß es auf das beim Diebstahl gewiß entscheidende Moment der Vermögensbeeinträchtigung Rücksicht nimmt und den Unterschied von Versuch und Vollendung auch in Beziehung auf diese Klasse von Diebstählen aufrecht erhält. Man s. den Comm.-Bericht des Abg. Bohm S. 7.

sofern nicht schon eine gerichtliche Bestrafung wegen Diebstahls, Unterschlagung oder Betrugs vorausgegangen ist.

Ist die Beschädigung kulpos, so trifft den Urheber die Strafe der Beschädigung aus Muthwillen. (§. 377—379 und 380 d. Str.G.B.)*)

Bei der Bestrafung des gefährlichen Diebstahls kömmt der Werthbetrag sub. a. und b. als Erhöhungsgrund in Anschlag. (§. 383 und 387 d. Str.G.B.)

Thilo, Note 2, zu §. 383, S. 330.

Zweite Eintheilung.

Sowohl der gemeine als der gefährliche Diebstahl ist 1) ein qualifizirter, wenn er sich durch Erschwerungsgründe auszeichnet, auf welche das Strafgesetz ein besonderes Gewicht legt.**) 2) Ein einfacher — (nicht qualifizirter) wenn er unter Umständen verübt wurde, welche entweder keine Erschwerung begründen, oder blos allgemeine von dem Gesetze nicht besonders herausgehobene Erschwerungsgründe enthalten, deren Würdigung also lediglich dem richterlichen Ermessen anheimgestellt bleibt. (§ 150 und 141 d. Str.G.B.)

Dritte Eintheilung.

Der gemeine Diebstahl insbesondere wird eingetheilt:

1) in den 1. und 2. gemeinen Diebstahl, welcher in 3 Abstuffungen zerfällt:

a) bis auf 25 fl., b) über 25 fl. bis 300 fl., c) über 300 fl. (§. 377 d. Str.G.B.)*)

---

*) Wenn der Dieb die Beschädigung nicht zum Behufe der Vornahme des Diebstahls bewirkt, auch einen Schaden als Fahrlässigkeit nicht in Folge der Ausführung des Verbrechens verursacht, bleibt es bei der allgemeinen Regel über die reale Concurrenz der Verbrechen. Bohm a. a. O. S. 6. Thilo a. a. O. Note a. — c. zu §. 380, S. 327.

**) Die besondere Erschwerungsgründe sind nach §. 385:

1) wenn der Diebstahl in Gebäuden, die dem öffentlichen Gottesdienste gewidmet sind, an dem Gottesdienste gewidmeten Sachen verübt worden ist; oder
2) an anderen Gegenständen in solchen Gebäuden, oder an dem Gottesdienste gewidmeten Sachen, die sich außerhalb solcher Gebäude an ihrem gewöhnlichen Verwahrungsort befinden, oder zu gottesdienstlichen Zwecken außerhalb derselben Gebäude gebraucht werden;
3) wenn der Diebstahl in Schlössern verübt worden ist, welche zur gewöhnlichen Residenz, oder zum zeitlichen Aufenthalt des Großherzogs bestimmt sind; oder
4) an öffentlichen Sammlungen für Kunst, Wissenschaft oder Gewerbe; oder
5) bei Gelegenheit einer Feuersnoth, oder eines anderen allgemeinen, oder besonderen Nothzustandes; oder
6) an Ackergeräthschaften auf dem Felde, an Feld- oder Gartenfrüchten, oder an anderen Gegenständen im Freien, welche im Vertrauen auf die öffentliche Sicherheit nicht besonders verwahrt zu werden pflegen; oder
7) an Vieh auf der Waide, in dem Pferche, oder im Stalle; oder
8) wenn der Dieb zur Verübung der That zur Nachtzeit in ein fremdes bewohntes Gebäude, oder den dazu gehörigen geschlossenen Hofraum eingeschlichen, oder eingedrungen ist; oder
9) wenn sich der Dieb zur Verübung eines nächtlichen Diebstahls in einem fremden bewohnten Gebäude, oder dem dazu gehörigen geschlossenen Hofraum verborgen hatte; oder
10) wenn der Diebstahl von aufgestellten Feldhütern, Waldhütern, oder anderen Wächtern an Sachen begangen worden, die zu den ihnen zur Hut oder Bewachung anvertrauten Gegenständen gehört haben; oder
11) wenn er verübt worden ist mittelst Einbrechens oder Einsteigens, ohne daß alle Voraussetzungen des §. 381, Nr. 2 vorhanden sind; oder
12) mittelst gewaltsamer Erbrechung von Schränken, Kisten oder anderen Behältnissen; oder
13) mittelst Eröffnung von Schlössern durch Diebsschlüssel (Dietriche, Sperrhaken, nachgemachte oder Hauptschlüssel); oder
14) mittelst Anwendung von Gewalt oder Drohungen gegen Personen, ohne daß die That hierdurch in das Verbrechen des Raubes (§§. 410 und 4011) übergeht (vergl. den §. 416 des Strafges.-Buches); oder
15) auf einer Messe, einem Jahr- oder Wochenmarkt, an öffentlich zum Verkauf ausgesetzten Sachen.

*) Die erste Kammer beschloß im Jahr 1844 einen Zusatz zu dem §. 149 des Strafges.-Buchs (§. 134 des Entw.) folgenden Inhaltes:

„Der Richter hat hierbei von der Mitte der angedrohten Strafe auszugehen, und je nach de. vorhandenen Straferhöhungs- und Strafminderungsgründen in der Strafe hinauf- oder herabzusteigen."

ungeachtet Staatsrath Wolf in seinem Commissionsberichte zu den §§. 131—146 des Entw. sich dagegen ausgesprochen hatte.

Dieser Zusatz hätte der bisherigen Praxis und der Voraussetzung entsprochen, daß der Gesetzgeber bei der Festsetzung des Minimums und Maximums der Strafe die ob- und subjective Seite der Strafbarkeit in gleichem Maaße berücksichtiget, demnach dem Ermessen des Richters nicht überlassen habe, bei Ausmessung der Strafe auf das Eine oder das Andere im einzelnen Falle ein größeres Gewicht zu legen. Er würde zuversichtlich zu einer gleichförmigen Anwendung des Strafgesetzes geführt haben.

Allein die 2. Kammer ging auf Trefurts Antrag (Comm.-Bericht S. 252—253) wieder davon ab, womit sich auch die 1. Kammer nach Vogels Comm.-Bericht S. 8 zufrieden gab.

Somit haben wir das von Mittermaier in Schutz genommene System relativ unbestimmter Strafgesetze, welches in ein-

2) den dritten Diebstahl, welcher voraussetzt, daß der Thäter bereits wegen Diebstahls und Rückfalls verurtheilt und auch das letzte Urtheil ihm verkündet ist (§. 384 d. Str.G.B.)*)

---

zelnen Fällen, wo die Stufenleiter des Verschuldens sich leichter aufstellen und übersehen läßt, z. B. in Injuriensachen, ausführbar ist, im Allgemeinen dagegen sich nicht halten wird.

Dasselbe wurde bereits von mehreren Seiten angefochten. (M. s. die Schrift: „Ueber den Entwurf des Strafges.-Buchs für das Großherzogthum Baden — Mannheim, 1840, S. 20 und flg.) Erst bei der wirklichen Anwendung desselben, werden sich die Mißstände, die es herbeiführt, auf eine Weise herausstellen, welche den Richter bestimmen dürfte, die gesetzlichen Schranken enger zu ziehen, und auf einen Theil der Freiheit zu verzichten, die ihm, wie es mir scheint, ohne genügende Rücksicht auf die Hindernisse, welche sich der Ausführung des adoptirten Systems entgegenstellen, eingeräumt wurde.

Der Richter bedarf nämlich eines festen Anhaltspunktes, um eine Gleichförmigkeit der Urtheilssprüche zu erzielen und damit zugleich den Vorwurf willkürlicher Entscheidung von sich abzuwenden.

Das Gesetz (§. 377, Abs. 1) setzt ein Maximum der Strafe fest, dieses Maximum von 4 Monaten — in seine Zeittheile zerlegt — liefert eine Scala des Strafmaßes von

17 Wochen oder }
120 Tagen } Gefängniß.

Ihr soll nunmehr der Richter eine Scala des Verschuldens gegenüberstellen, welche mit der Scala des Strafmaßes übereinstimmt und ihn in den Stand setzt, die dem Verschulden im einzelnen Falle vollkommen angemessene Strafe zu finden.

Ich frage: welches Collegium wird diese Aufgabe lösen? Werden, wenn wir die zahlreichen allgemeinen und besondern Minderungs-, Milderungs- und Erschwerungsgründe (§. 150, 151, 152, 153, 385, 395) betrachten, die Abstimmungen nicht stets so verschieden ausfallen, daß der Präsident zu der Julianischen Leiter seine Zuflucht nehmen muß? — Und — enthaltet das auf solchem Wege (durch Herabzählen) ermittelte Resultat, den Ausdruck des Willens des Gesetzgebers und der rechtlichen Ansicht der Mehrheit der erkennenden Richter? Ein Beispiel dürfte hinreichen, die Schwierigkeit, welche hier das Gesetz dem Richter bereitet, anschaulich zu machen.

A. ist überwiesen, einen gemeinen Diebstahl an dem Eigenthum des B. verübt zu haben.

Der Werth des Entwendeten beläuft sich auf 17 fl. 30 kr.

Es liegt ein Rückfall (Erhöhungsgrund nach §. 151, Abs. 4, 183, 184 u. 187) vor, und ein besonderer Erschwerungsgrund: der Diebstahl geschah mittelst Anwendung von Drohungen. (§. 385, Abs. 14 u. 386). Der Thäter ist 15½ J. alt (Milderungsgrund nach §. 79 und 153) und hat, ohne überführt zu sein, im Anfang der Untersuchung seine Schuld bekannt (Minderungsgrund nach §. 152, 6.)

Nach dem §. 377, Abs. 1, besteht die höchste Strafe des Diebstahls bis zu 25 fl. in 4 Monat Gefängniß: welche Strafe ist nun der That des A., beziehungsweise der Größe seines Verschuldens, angemessen?

Ich zweifle, daß zwei übereinstimmende Urtheile bei der Beantwortung dieser Frage herauskommen.

Unser Strafedict bedrohte den gemeinen Diebstahl (Art. 73, 75 und 76) mit einer bestimmten Strafe. Die Art. 94—96 erlauben jedoch dem Richter, je nach der Abweichung des konkreten Falles von dem gesetzlich unterstellten Falle, von der im Gesetze ausgedrückten Strafe herunter oder über dieselbe hinaufzugehen, d. i. die Strafe mit Rücksicht auf die vorliegenden allgemeinen Milderungs- und Erschwerungsgründe (die Straferhöhung bei den qualificirten Diebstählen war ebenfalls durch das Gesetz fest bestimmt) zu mehren oder zu mindern. Das richterliche Ermessen hatte also einen angemessenen Spielraum und der Richter einen Anhaltspunkt, um mit Sicherheit das rechte Maaß zu finden. Man hütete sich wohl, sich zu weit von jenem Punkte zu entfernen, insofern nicht Gründe, die sich auf die Zurechnungsfähigkeit des Thäters, oder auf die Zurechenbarkeit der That beziehen, zu einer bedeutenden Herabsetzung der gesetzlich bestimmten Strafe Anlaß gaben, und es konnte darum bezüglich auf die Größe und Art der zu erkennenden Strafe nicht leicht ein durch künstliche Mittel aufzuhebendes Zerwürfniß bei der Abstimmung sich ergeben.

Diese Vortheile des alten Systems sind durch das neue aufgehoben. Der Grundsatz möglichster Gleichförmigkeit in der Anwendung der Strafgesetze, wird den Richter auf die verlassene Bahn zurückführen. Die Praxis wird auf der Scala des Strafmaßes denjenigen Punkt feststellen, welcher im Allgemeinen die der Natur des in Frage stehenden Verbrechens und dessen gewöhnlichen Erscheinungen angemessene Strafe enthält und von diesem Punkte aus das dem konkreten Verschulden entsprechende Maaß finden. Sie wird hiebei nicht, wie der Abgeord. Weizel meint, bei dem mittleren Strafmaß für gewöhnliche Fälle stehen bleiben, sondern häufig darüber hinausgehen.

v. Jagemann hat (in dem Archiv des Criminal-Rechts n. Folge, Jahrgang 1849) die Hauptrichtungen angegeben, nach welchen der Strafrichter das rechte Strafmaß ermitteln soll. Ist derselbe soweit vorgerückt, daß er durch Auf- und Absteigen je nach den vorhandenen Erhöhungs- und Minderungsgründen zu einer gewissen Strafstufe gelangte, so soll er „noch einmal erwägen, ob dieselbe mit dem Gesammteindruck, welcher bei der mündlichen Verhandlung sich ergab, in Harmonie steht." Mir scheint, daß eine solche Revision, welche das auf gesetzmäßigem Wege Gefundene auf den Grund eines Gesammteindruckes, der vielleicht von jenem, den die Verhandlung auf die Geschwornen gemacht hat, ganz verschieden ist, wieder aufhebt, beziehungsweise berichtiget, sich weder mit dem Ansehen der Gesetze, noch mit dem System der Schwurgerichte vertrage.

*) In der 94. öffentlichen Sitzung der 2. Kammer vom 24. Juni 1844 erhob sich ein unfruchtbarer Streit über die Bestrafung des Rückfalles. Es ergibt sich nämlich aus den klaren Worten d. §. 384:

„nachdem er bereits wegen Diebstahls und wegen Rückfalls in eben dieses (also gleiche) Verbrechen ꝛc."

daß die Strafe des dritten gemeinen Diebstahls nur denjenigen treffen kann, welcher zum dritten Male wegen Diebstahls verurtheilt wird; während in den Fällen, wo der Rückfall einen allgemeinen Straferhöhungsgrund bildet (§. 151, Abs. 4), das Gesetz keinen Un-

3) den Familiendiebstahl; *)

a) „an Verwandten," (389 d. Str.G.B.)

„Diebstähle an Verwandten oder Verschwägerten in aufsteigender Linie, oder an andern, in derselben Haushaltung lebenden Verwandten oder Verschwägerten im 2., 3. oder 4. Grade der Seitenlinie, werden nicht von Amtswegen, sondern nur auf die Anzeige des Familienhauptes, oder des Bestohlenen, und wenn der Dieb und der Bestohlene unter demselben Familienhaupte stehen, nur auf Anzeige des Letztern untersucht und bestraft."

b) „an Pflegeeltern und Erziehern," (390 d. Str.G.B.)

„An Pflegeeltern, Pflegern, Vormündern und Erziehern werden gemeine Diebstähle nur auf deren Anzeige untersucht und bestraft."

a. und b. werden nur auf Anzeige untersucht und bestraft.

4) „Den Hausdiebstahl und gemeine Diebstähle von Dienstboten verübt.") (§. 391 das.)

„Gemeine Diebstähle von Dienstboten, Lehrlingen, Gehilfen, oder andern zum Hausstand gehörigen Personen — an der Dienst- oder Hausherrschaft verübt, werden ebenfalls nur auf deren Anzeige untersucht und bestraft, und gemeine Diebstähle von Dienstboten, Lehrlingen, Gehilfen oder andern zum Hausstand gehörigen Personen, an in der nämlichen Haushaltung lebenden Familiengliedern, oder an einander selbst oder von Familiengliedern an einer dieser Personen verübt, nur auf Anzeige der Dienst- und Hausherrschaft oder des Bestohlenen."

5) Die Entwendung von Eßwaaren und Getränken zum unmittelbaren Genuß, insofern sie unter den §. 381 fällt, oder unter erschwerenden Umständen der §. 384, No. 1—5 und 7—15 bezeichneten Art verübt wurde.

6) Die Entwendung von Feld- und Gartenfrüchten, die noch nicht eingebracht sind, und deren Betrag den Werth von 1 fl. übersteigt. (§. 397 d. Str.G.B.)

7) Den dritten und den fortgesetzten Feldfrevel —

Art. 398 „Entwendung — worden ist ꝛc."

Art. 399 „Wenn — übersteigt ꝛc."

Alle diese Diebstähle gehören in die Klasse der gemeinen.

Sie stehen gleichwohl unter sich im Gegensatze, theils in Beziehung auf die Verschiedenheit des Strafmaßes, theils — soweit dieses einen Gegensatz nicht begründet — in Beziehung auf die Art und Weise ihrer strafrechtlichen Verfolgung, theils in Beziehung auf die besondern Voraussetzungen ihrer Strafbarkeit.

Sie stehen auch im Gegensatze sowohl zu dem gefährlichen Diebstahle, als zu den qualifizirten Diebstählen, und werden von einem höhern Strafmaaße betroffen, wenn die Voraussetzungen der §§. 381, 384 und 385 eintreten, dieselben also aufhören, gemeine Diebstähle zu sein. *)

---

terschied macht, ob die Wiederholung ein gleiches oder gleichartiges Verbrechen zum Gegenstand habe.

Die §§. 183—185 stehen im Zusammenhang mit dem Abs. 4 des §. 151.

Hatte der Gesetzgeber einmal den Rückfall in ein gleiches oder gleichartiges Verbrechen zu einem Straferhöhungsgrunde erhoben, so mußte er, um weitern Mißverständnissen vorzubeugen, dem Richter zu erkennen geben, welche Verbrechen er als gleichartig ansehe, und dieser Aufgabe genügt er in jenen §§.

Der §. 187 enthält eine Wiederholung, beziehungsweise Umschreibung des Abs. 4, §. 151. Er sagt mit andern Worten:

„Der Rückfall in ein gleiches oder in ein gleichartiges Verbrechen bildet einen Straferhöhungsgrund."

In manchen Fällen dürfte es schwierig sein, diesen Erhöhungsgrund zur Anwendung zu bringen, z. B. wenn Jemand, der wegen Raubes verurtheilt wurde, sich der Unterschlagung gefundener Sachen (§. 405) schuldig macht.

Wo das Gesetz den Rückfall speciell bedroht (wie z. B. bei dem Diebstahl und dem Wucher §. 384 und 534) kann von der Anwendung des §. 151, Abs. 4 keine Rede sein.

Man vergl. die Bemerk. des Abg. Bekk und des Staatsrath Jolly S. 163 u. 166 des Gr.-R.

*) „Entwendungen unter Ehegatten, oder an Abkömmlingen begangen, begründen blos bürgerliche Klagen auf Wiedererstattung." (§. 388 d. Strafges.-Buches.)

*) Thilo a. a. O., Note a. und b. zu §. 384, S. 331 und Note 2 zu §. 389, S. 336—337.

Ueber die Bestrafung der Diebstähle durch Diebesbanden

II.

Anweisung an Zahlungsstatt.

Unterschied zwischen derselben, dem Auftragsvertrag, der Zahlung, der Rechtsübertragung und der Rechtswandlung.

Die Anweisung an Zahlungsstatt ist nach L.R.S. 1020a.b. ein Auftrag, den

a) der Schuldner seinem Gläubiger ertheilt, in seinem Namen bei einem Dritten *) Gelder zu erheben, um damit des Anweisenden Verbindlichkeit gegen den Anweisungsempfänger zu decken,

b) der Anweisende dem Anweisungszähler ertheilt, für ihn dem Anweisungsempfänger Zahlung zu leisten.

Zur Schließung des Vertrags gehört in dem seltenen Falle, wenn der Anweisungszähler nicht Schuldner des Anweisers ist, die Annahme der Anweisung auch durch den Anweisungszähler.

L.R.S. 1984, Abs. 2.
L.R.S. 2010 a. g. i.
Brauer, Erläuterungen T. III., S. 720.
Zachariä, §. 323, Note 9.
Trefurt, S. 305, §. 1.

Dieser Vertrag unterscheidet sich von dem gewöhnlichen Auftrag dadurch, daß er die Befriedigung des Gläubigers durch Zuweisung eines Zahlungsmittels bezweckt, auf welches also der Gläubiger ein Recht erwirbt, weßhalb die Anweisung, nachdem sie dieser angenommen hat, von dem Gewaltgeber nicht einseitig widerrufen werden kann.

L.R.S. 2010 i., vergl. 2004.
Zachariä, §. 316, Note 8.

Die Anweisung gilt aber dem Anweisungsempfänger gegenüber erst dann als Zahlung, wenn solche durch den Anweisungszähler wirklich erfolgte,

L.R.S. 1236, Abs. 2; 1239, Abs. 1.,
L.R.S. 2010 g.,

und der Zahlung gleich, sobald jener über den angewiesenen Antrag selbstständig verfügt.

L.R.S. 2010 h.

Von dem Rechtsübertrag (cessio, cession) unterscheidet sich die Anweisung an Zahlungsstatt dadurch, daß bei jenem der Rechtsgeber Gläubiger des Anweisungszählers sein muß,

L.R.S. 1689, 2010 h.,

daß also jener nie der Einwilligung des Schuldners bedarf,

L.R.S. 1149, 1689,
Brauer, Erl. V., §. 937, S. 363 oben,

und daß durch jenen Vertrag das Eigenthum an der angewiesenen Forderung auf den Rechtsnehmer sogleich über- und der dafür bedungene Preis, wenn der Rechtsübertrag an Zahlungsstatt erfolgte, an dem Betrag der Schuld des Rechtsgebers sofort abgeht,

L.R.S. 1583, 1; 1290,

daß endlich der Schuldner, sobald ihm die Uebertragung bekannt gemacht ist, an den Rechtsgeber nicht mehr giltig zahlen darf,

L.R.S. 1691,

während bei diesem Vertrag der Anweisungszähler (welcher nicht Schuldner des Anweisers ist) erst durch Annahme des Auftrags zu dessen Erfüllung verpflichtet wird,

L.R.S. 1984, Abs. 2,
L.R.S. 2010 a. g.,

und (wenn der Anweisungsempfänger noch nicht als Gläubiger eingetreten ist) derjenige Anweisungszähler, welcher Schuldner des Anweisers ist, dessen Schuldner so lange bleibt, als er den erhaltenen Auftrag nicht erfüllt hat; weßhalb ferner der angewiesene Schuldner durch Erfüllung des Auftrages nicht dem Anweisungsempfänger — sondern dem Anweiser gegenüber befreit wird,

L.R.S. 1236, 1239, cfr. 1691,

jedoch seinerseits diesen dem Empfänger gegenüber befreit,

L.R.S. 1236

und der Anweiser die Anweisung ohne Weiteres zurücknehmen kann, sobald der Anweisungsempfänger anderweit befriedigt ist.*)

L.R.S. 2010 i.

---

verübt, s. den §. 482 des Strafges.-Buches: „Wenn sich eine Anzahl von wenigstens 3 Personen zur Verübung mehrerer, einzelne noch unbestimmter, Verbrechen des Raubes, Diebstahls, der Fälschung oder des Betruges verbunden haben."

*) Welcher nicht gerade Schuldner des Anweisers sein muß.
Brauer, Erl. T. III., p. 720.
Zachariä, §. 316, Note 5.

*) Andernfalls (wie schon oben bemerkt) stets nur mit Einwilligung des Empfängers. L.R.S. 2010 i.

Der angewiesene Gläubiger aber, wenn er seine Befriedigung daraus nicht erhält, die Anweisung wieder aufgeben und auf andere Zahlungsmittel des Schuldners greifen kann.

Von der **Rechtswandlung** (delegatio, délégation) unterscheidet sich die Anweisung an Zahlungsstatt dadurch, daß durch jene der Anweisungszähler (der bisher Schuldner des Anweisers gewesen sein **kann**, aber nicht **muß**) als Schuldner des Anweisungsempfängers eintritt und **von diesem der Anweiser alsbald seiner Verbindlichkeit entlassen wird** *), daß also in der Person des Schuldners unter Zustimmung aller Betheiligten ein **Wechsel** stattfindet.

Zachariä, §. 316 nach Note 6, T. II., S. 260.
§. 323, T. II., S. 2, 83 oben und in Note 9.

L.R.S. 1271, 2; 1275.

Während bei der Anweisung an Zahlungsstatt

a) der Anweisungszähler nicht Schuldner des Anweisungsempfängers wird (so lang dieser nicht als Gläubiger eintritt)

L.R.S. 1277, Abs. 1,

vielmehr auch dann, wenn er Schuldner des Anweisers ist, dessen Schuldner bleibt und seiner Verbindlichkeit gegen diesen erst durch Zahlung an ihn selbst **oder** an dessen Gewalthaber entledigt wird;

L.R.S. 1277 cfr., 2010 i.,
L.R.S. 1239,

b) der Anweiser (selbst wenn der in keinem Schuldverhältniß stehende Anweisungszähler den Auftrag angenommen hat, L.R.S. 1275 a) Schuldner des Anweisungsempfängers bleibt, bis der Anweisungszähler Zahlung geleistet oder der Anweisungsempfänger, dem eine ausstehende Forderung an Zahlungsstatt angewiesen ist, durch irgend eine Handlung sich diese zu eigen gemacht hat.

L.R.S. 1236, Abs. 2, 1275, 2010 g. h.
Zachariä, §. 316 vor Note 6.

Stempf.

---

*) In dem zweiten, dem Landrechte beigefügten (Verdeutschungs-) Register ist »delegatio« mit „Rechtsüberweisung übersetzt; in L.R.S. 1275 ist aber nichts desto weniger das Wort „Ueberweisung" (wie im französ. Texte das Wort »délégation«) auch für den Fall gebraucht, daß der überweisende Schuldner nicht freigegeben, also eine Rechtswandlung nicht vorgenommen wird.

Das römische »delegatio« bezeichnete aber stets eine Rechtswandlung.

l. 11. D. de novat. (46, 2.)
»Delegare est **vice sua alium** reum dare creditori.«

Ebenso war es im röm. Recht **nur** im Falle der Rechtswandlung Grundsatz, daß dem neuen Schuldner gegen den Gläubiger diejenigen Einreden nicht zustehen, welche

a) der alte Schuldner demselben entgegensetzen durfte
l. Cg. D. de novat. (46, 2.)

b) er dem früheren Schuldner hätte entgegenhalten können.
l. 12, 13, 19, 22 D. de novat. (46, 2.)
Vergl. Zachariä §. 323, §. 11.

Dieser Grundsatz ist aber nun auch für den Fall der **Zahlungsanweisung**, welche der Anweisungszähler **ohne Vorbehalt** angenommen hat, beibehalten. L.R.S. 125 a. verb.: „**In keinem Fall**,"

vergl. **Brauers** Erläut. 181 zu diesem Satze, und
„ 182 am Ende verb.: die **neue** Ueberweisung,
auch **Brauer** V., §. 927, S. 363 verb.: „im Zweifel **nicht mehr** — rechtswandelnd,"

aus welch letzteren Bemerkungen hervorgeht, daß **Brauer** eine **neurechtliche** Ueberweisung vorschwebte auch ohne Rechtswandlung.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath **Bayer**. Verlag von **J. Bensheimer** in Mannheim. Druck von **C. Schmelzer** in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. | No. 13. | Mannheim, 29. März 1851.

I.

Rechtsfall.

Coappellation nach schon erfolgter oberrichterlicher Entscheidung auf die Berufung des andern Theils.

(P.O. §§. 1199—1203.)

Dem s. g. Hof- und Ochsengut zu Lauda lag die Last der Haltung des Faselstiers in jener Gemeinde ob.

Auf Klage der Gemeinde Lauda wurde das für Ablösung der Last zu zahlende Capital den 12 Hofgutsbesitzern gegenüber auf 6686 Gulden 20 Kreuzer rechtskräftig festgesetzt. Wegen des Beitrages der Einzelnen zu dieser Summe fanden Unterhandlungen Statt. Einer der 12 Hofgutsbesitzer, namens Franz Michael Schleicher, sollte hienach 835 fl. beisteuern, indem das früher angeblich in Anwendung gewesene Maaß der Beiträge hiebei zu Grund gelegt wurde. Schleicher wollte dagegen nur nach Verhältniß seines Gutsantheils beisteuern, und erhob deßhalb gegen die bezügliche Vollstreckung Einsprache. Das Bezirksamt entschied hierauf, daß dem Einsprachskläger nur so viele Liegenschaften zu versteigern seien, als zur Zahlung eines Zwölftels (eines Kopftheiles) am Ablösungscapital erforderlich erschienen, und daß die Kosten wettzuschlagen seien.

Gegen dieses Erkenntniß, welches hienach weder den Theilungsmaßstab der Gemeinde Lauda noch den des Einsprachsklägers Schleicher billigte, zeigte Schleicher die Berufung an. Nachdem die Gemeinde Lauda ihrerseits die Berufung ausgeführt, hinsichtlich der gegnerischen Appellation aber weder eine Ausführung noch eine Verfallenerklärung Statt gefunden hatte, bestätigte das Hofgericht unter Verfällung der Gemeinde Lauda in die Kosten des zweiten Rechtszuges das unterrichterliche Urtheil mit dem Anhang, daß es der Gemeinde Lauda vorbehalten sei, ihre etwaigen Ansprüche auf einen anderen Theilungsmaßstab und auf eine hierauf zu gründende weitere Schuld des Schleicher in besonderem Austrage geltend zu machen.

Diese hofgerichtliche Entscheidung erging schon im November 1848. Im October 1849, also fast ein Jahr später, trat Schleicher seinerseits durch den nämlichen Obergerichtsanwalt, welcher ihn gegen die erwähnte Berufung der Gemeinde Lauda vertheidigt hatte, bei dem Hofgericht mit einer Beschwerdeschrift hervor, worin er unter nachträglicher Geltendmachung der früher von ihm angemeldeten, noch nicht für verfallen erklärten Appellation die Abänderung des unterrichterlichen Erkenntnisses, so weit es seinem früheren Begehren nicht entsprach, nämlich die Zugrundlegung des von ihm beanspruchten günstigern Theilungsmaßstabes, verlangte, indem er sich auf die Bestimmung der §§. 1199 folgende der Prozeßordnung und überdieß auf den im Urtheil des zweiten Rechtszuges beigefügten besondern Vorbehalt berief. In ersterer Beziehung hob er hervor, daß nach dem deutlichen Ausspruch des Gesetzes eine rechtzeitig angemeldete Appellation in so lange noch ausgeführt werden könne, als nicht eine vorschriftsmäßige Verfallenerklärung derselben erfolgt und die gesetzliche Wiederherstellungsfrist versäumt sei, während er in letzterer Beziehung, hinsichtlich des urtheilsmäßigen Vorbehaltes, nachzuweisen suchte, wie der fragliche Vorbehalt ebensowohl ihm selbst, als der Gemeinde zu gut kommen müsse.

Nach angeordneter Vorladung des Anwaltes, gemäß P.O. §. 1214, erklärte der Gerichtshof jene nachträgliche Berufung durch Verfügung vom 23. März 1850, unter Verfällung des Schleicher in die Kosten, für unstatthaft.

Daß dieser Spruch ungeachtet des scheinbaren Wider-

streites mit den angeführten Prozeßvorschriften sich in jeder Beziehung rechtfertigt, kann nicht zweifelhaft erscheinen, wenn man neben den Buchstaben jener Vorschriften, welche nicht vereinzelt, sondern im Einklang mit den Grundregeln unseres Verfahrens überhaupt aufzufassen sind, die Grundsätze über den Eintritt und Ausgang des höheren Rechtszuges und über die Wirkung der Rechtskraft in nähere Erwägung zieht.

Die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe, woraus sich dieses näher ergibt, lauten wie folgt:

„Die von Franz Michael Schleicher, Appellaten in der am 4. November 1848 bereits von diesseitigem Gericht entschiedenen Streitsache, nachträglich auf den Grund früher von ihm angemeldeter, aber nicht ausgeführter Berufung nunmehr in Ausführung gebrachte Coappellation erscheint nach den Grundsätzen der Prozeßordnung offenbar unzulässig, denn wenn derselben auch der Wortlaut der P.O. §§. 1199 folgende zur Seite zu stehen scheint und die über die Anschließung bestehenden (beschränkenden) Vorschriften hier nicht zur Geltung kommen können, weil die Anschließung (gemäß §. 1166) gerade den Fall einer nicht innerhalb der Nothfristen ergriffenen Berufung voraussetzt, *) so ist es doch nach dem System der Prozeßordnung einleuchtend klar, daß das Recht der Ausführung einer rechtzeitig angemeldeten, noch nicht durch Verfallenerklärung besonders beseitigten Appellation seine natürliche und nothwendige Grenze jedenfalls finden muß, sobald ein Erkenntniß des Obergerichtes auf Appellation des Gegentheils und auf ordnungsmäßige Verhandlung die nämliche Streitsache entschieden hat. Dieß ist nun in vorliegender Sache der Fall und es erscheint demgemäß schlechthin unzulässig, daß Schleicher den Theilungsmaßstab, den er in der nämlichen Instanz durch den nämlichen Anwalt der appellirenden Gemeinde gegenüber selbst vertheidigt hat, nachträglich im Wege der Coappellation wiederum anzugreifen strebt."

„Was den im früheren Urtheil gemachten Vorbehalt wegen Geltendmachung eines anderen Theilungsmaaßstabes von Seiten der Gemeinde betrifft, so kann die Frage, ob und inwieweit dieser Vorbehalt auch zu Gunsten Schleichers von Wirkung sei, hier unerörtert bleiben, da ein hieraus abzuleitender Anspruch zuerst bei dem Gericht erster Instanz, nicht aber hier geltend zu machen wäre."

„Hienach, hinsichtlich der Kosten gemäß, P.O. §. 169, rechtfertigt sich obige Entscheidung."

So weit die hofgerichtlichen Gründe. — Wäre übrigens die zuletzt erwähnte Frage wegen des urtheilsmäßigen Vorbehaltes näher zu prüfen gewesen, so würde sich auch in dieser Richtung das Verlangen Schleichers insofern als unstatthaft geeignet haben, als nur die Gemeinde Lauda früher die Berufung gegen die wirkliche Entscheidung ausgeführt hatte, und demgemäß jener Vorbehalt nur für sie und zu ihren Gunsten beigefügt wurde.

In Bezug auf die Hauptfrage könnte man etwa noch das Bedenken erheben, ob nicht das Gegentheil zuvor dem Appellanten Schleicher die frühere rechtskräftige Entscheidung einredeweise entgegenzuhalten hatte, so wie nach bestehendem Rechte in Bezug auf wiederholt vor den Richter gebrachte Klagansprüche von dem Beklagten die frühere rechtskräftige Entscheidung vorerst vor-

---

*) Wenn sogar derjenigen Partei, welche ein Rechtsmittel nicht angezeigt hat, die Befugniß zusteht, sich der Appellation des anderen Theils anzuschließen, so mußte dieser Rechtsbehelf in dem vorliegenden Falle dem Einsprachskläger um so mehr eingeräumt werden, als er die Appellation selbstständig angemeldet und dadurch zu erkennen gegeben hatte, daß er sich durch das unterrichterliche Urtheil für beschwert erachte.

Nachdem aber zu seiner Kenntniß gelangt war, daß auch die Gemeinde appellire, mochte ihm die weitere Fortsetzung einer selbstständigen Appellation von seiner Seite als überflüssig und nutzlos erscheinen, weil er nach den Grundsätzen über die Gemeinschaftlichkeit des Rechtsmittels den gleichen Zweck durch die Anschließung erreichen konnte, da der Prozeß nur einen und denselben Streitpunkt, nämlich den Theilungsmaaßstab, zum Gegenstand hatte.

Wollte nun der Einsprachskläger die selbstständige Berufung nicht fortsetzen, so mußte er, um ein seiner Intentionent sprechendes Erkenntniß in zweiter Instanz zu erwirken, nothwendig der Appellation des Gegentheils adhäriren. P.O. §. 1167. Wie aber einmal auf die Berufung der einen Partei die Sache von dem Appellationsrichter entschieden war, konnte nicht hintenach die andere Partei wegen des nämlichen Streitpunktes auch noch appelliren, um über denselben Gegenstand eine zweite Entscheidung von eben dem Richter zu verlangen, der schon darüber erkannt hat. Denn dadurch, daß der Einsprachskläger nicht wenigstens der gegentheiligen Appellation adhärirte, hat er auf die Geltendmachung eigener Beschwerden, und damit folgerichtig auch auf seine selbstständige Appellation, mittelst welcher die eigenen Beschwerden zur Ausführung gebracht werden sollten, unzweideutig verzichtet, welche er deßhalb auch, nach einem bekannten Axiom, in der Folge nicht wieder aufnehmen konnte, wenn gleich in der Zwischenzeit noch keine Desertoria erfolgt war. Die Appellation des Einsprachsklägers wurde sonach mit Recht für unstatthaft erklärt.

D. R.

geschützt worden sein muß, ehe der Richter die erneuerte Klage verwerfen kann; allein das vom Hofgerichte eingehaltene Verfahren zeigt sich auch in dieser Hinsicht als gerechtfertigt, wenn man in Erwägung zieht, daß es sich hier nicht um einen neuen Prozeß, sondern um die prozeßordnungswidrige Fortsetzung des alten Rechtsstreits in zweiter Instanz handelte, und daß unzulässige Appellationen von Amtswegen zurückzuweisen sind.

Aus obigen Erörterungen ergibt sich die Richtigkeit folgender Sätze:*)

1) Eine rechtzeitig angemeldete, nicht für verfallen erklärte Appellation kann im Falle ergriffener Berufung von Seiten des Gegners noch bis zu erfolgtem obergerichtlichem Enderkenntniß, später aber nicht mehr ausgeführt werden, es sei denn vermöge des außerordentlichen Rechtsmittels der Wiederherstellung gegen rechtskräftige Urtheile. (P.O. §. 1251 folgende.) **)

2) Die in dem genannten Falle nach erfolgtem obergerichtlichem Enderkenntniß nachgebrachte Appellation ist von Amtswegen als unstatthaft zu verwerfen.

Eduard Brauer.

*) Da künftig nach dem jetzt zur Einführung kommenden neuen Prozeßabänderungsgesetz die Verfallenerklärung von Amtswegen durch das Obergericht zu geschehen hat, (Art. XLVII.) so können Fälle der fraglichen Art nur noch ausnahmsweise vorkommen, wenn etwa die Verfallenerklärung aus Versehen unterblieb, was immerhin leicht geschehen kann, wo wie in obigem Rechtsfall ein Theil die Berufung anmeldet, der andere Theil aber die Berufung sogleich ausführt. Der Eins.

**) In dieser Unbedingtheit möchte der aufgestellte Grundsatz doch nicht zu rechtfertigen sein; denn gesetzt, der Streit hätte verschiedene Forderungsposten betroffen, wovon einige dem Kläger zuerkannt und andere abgesprochen worden wären, so könnte jede Partei ganz gesonderte Beschwerden haben, die unter sich in keinem materiellen Zusammenhange ständen. In einem solchen Falle müßte dann jeder Theil selbstständig appelliren, weil sich wegen Verschiedenheit der Streitpunkte keiner von beiden mit der blosen Anschließung behelfen könnte. Wenn nun die eine Partei die rechtzeitig von ihr angemeldete Berufung ruhen ließe, bis über die Appellation der anderen entschieden wäre, so würde die Erstere durch die hier mangelnde Identität des Streitgegenstandes nicht gehindert sein, ihre noch nicht rechtskräftig verfallen erklärte Berufung weiter fortzusetzen, weil in dem Unterlassen der an sich unstatthaften Anschließung kein Verzicht auf die Geltendmachung der eigenen mit der Appellation des Gegentheils in keinem materiellen Zusammenhang stehenden Beschwerden gefunden und eben so wenig behauptet werden könnte, daß der Oberrichter über den nämlichen Gegenstand zweimal verhandeln und entscheiden müsse.

D. R.

II.

Zum Expropriationsgesetz vom 28. August 1835 (Rggsbltt. No. 40, S. 271 ff.)

1) Der Richter ist nicht befugt das Ergebniß der Expertise in materieller Beziehung und hinsichtlich der nur durch besondere Sachkenntnisse zu findenden Sätze einer Kritik zu unterwerfen und ebensowenig findet ein Instanzenzug oder eine Berufung von der einen Entscheidung der Sachverständigen auf das Urtheil anderer statt, wie bei richterlichen Erkenntnissen.

2) Unter den besonderen Umständen des §. 24 des Expropriationsgesetzes sind alle diejenigen Momente zu verstehen, welche auf die Erhöhung der Güterpreise Einfluß haben, also auch die Momente, welche wie die Eisenbahnanlage die Veräußerung der Güter selbst veranlassen.

3) Der neuste Werth der Güter kann in Gemäßheit des §. 24 vergl. mit §. 26 des erwähnten Gesetzes auch nach ihrem Ertrágnisse bestimmt werden.

4) Haben die Güterbesitzer in der zur Vernehmlassung auf die Klage festgesetzten Tagfahrt nach §. 53 des allegirten Gesetzes bestimmte Anforderungen gestellt und ausdrücklich gebeten, den Gegentheil in die Bezahlung der von ihnen geforderten Summe zu verurtheilen, so können sie von ihren Anforderungen später nicht wieder abgehen und den von den Sachverständigen taxirten höheren Preis nicht verlangen.

Diese Entscheidungen, welche in gegenwärtiger Zeit nicht ohne Interesse sein dürften, hat das Hofgericht des Oberrheinkreises in Sachen des großh. Fiskus, Eisenbahnverwaltung gegen mehrere Grundeigenthümer von Rheinweiler, Entschädigung für abzutretende Liegenschaften betreffend, gegeben.

Die Entscheidungsgründe lauten:

Da der vorliegende Rechtsstreit lediglich die Bestimmung des Verkaufswerthes expropriirter Liegenschaf-

ten zum Gegenstande hat, so muß sich das richterliche Urtheil insolange auf das in erster Instanz formgerecht angeordnete Gutachten der Sachverständigen stützen, als nicht entweder das Resultat desselben schon nach den gewöhnlichen Erfahrungen eines jeden Menschen alles mögliche Maaß des Güterwerthes überschreitet und somit handgreiflich ungerecht ist;

Vergl. l. 79, D. pro socio 17, 2.

(was hier nicht behauptet werden kann)

oder als nicht besondere, im Gesetz gebilligte Gründe zur Verbesserung oder zur Anordnung einer neuen Expertise vorliegen; denn im Allgemeinen gilt die der Natur der Sache entsprechende Regel, daß der Richter, welcher gerade deßhalb an Sachverständige gewiesen ist, weil ihm die erforderlichen Kenntnisse zur Lösung der Streitfrage abgehen, auch nicht befugt sein kann, das Ergebniß der Expertise in materieller Beziehung und hinsichtlich der nur durch besondere Sachkenntnisse zu findenden Sätze einer Kritik zu unterwerfen, und daß ebensowenig ein Instanzenzug oder eine Berufung von der einen Entscheidung der Sachverständigen auf das Urtheil anderer stattfindet, wie bei richterlichen Erkenntnissen.

Die Beschwerden, welche der appellantische Theil gegen das unterrichterliche Urtheil oder vielmehr gegen das Gutachten, als dessen Grundlage, erhoben hat, gehen nun im Wesentlichen dahin, daß

1) die Expertise sich nicht an den §. 24 des Expropriationsgesetzes gebunden habe, wo vorgeschrieben ist, daß der Verkaufswerth nach den Durchschnittspreisen der in den letzten sechs Jahren stattgehabten Verkäufe bestimmt werden soll.

Die Sachverständigen haben allerdings diesen Weg nicht eingeschlagen, sondern sie haben den Werth der abzutretenden Güter unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse nach dem Erträgnisse ausgemittelt; allein sie haben ausdrücklich den Grund angegeben, warum sie diesen Weg wählten. Der Grund liegt nämlich nach der Behauptung der Sachverständigen darin, daß in den letzten Jahren und namentlich seit der Eisenbahnanlage die Güterpreise gestiegen seien, daher die in früherer Zeit erlösten Preise nicht als Maaßstab für Bestimmung des gegenwärtigen Werthes angenommen werden können. Es ist nun notorisch, daß in neuerer Zeit die Güterpreise in Folge verschiedener Umstände namentlich durch die Zehntablösung und den Eisenbahnbau bedeutend gestiegen sind, weßhalb die Sachverständigen nicht nöthig hatten, ihre Behauptung näher zu begründen, und somit nach §. 24 befugt waren, in Berücksichtigung der eingetretenen besondern Umstände, den neusten Werth der Güter zu bestimmen und zwar nach ihrem Erträgnisse, was sich aus §. 26 des Expropriationsgesetzes ergibt, welcher bestimmt, daß die Pachtschillinge als Maaßstab für die Ermittlung des Güterwerths benützt werden dürfen, wodurch hinreichend der ohnedieß natürliche Ausweg angedeutet ist, daß nöthigenfalls auch das Erträgniß eines Grundstückes als Basis für die Berechnung des Verkaufswerthes anzunehmen sei. Es wäre alsdann Sache des Klägers gewesen, die Unrichtigkeit der Behauptung der Sachverständigen darzuthun und nachzuweisen, daß die Güter in der Gemeinde Rheinweiler in neuster Zeit keinen höhern Werth erreicht haben, als in den vorausgegangenen sechs Jahren. Dieses ist jedoch nicht geschehen, sondern es wurde klägerscher Seits nur auf die Kaufpreise der frühern Jahrgänge sich berufen und dem §. 24 die Auslegung gegeben, daß unter den eingetretenen besondern Umständen nicht gerade die Umstände verstanden werden können, welche die Veräußerung der Güter herbeiführen, und daß unter den neusten Preisen im Gegensatze von den sechsjährigen Durchschnittspreisen auch nur solche Preise zu verstehen seien, welche bei einer Veräußerung erlöst würden.

Allein die Durchschnittspreise von den letzten 6 Jahren sind nach dem Gutachten der Sachverständigen nicht maaßgebend. Sodann haben diese als Grund der Erhöhung der Güterpreise nicht blos den Umstand des Eisenbahnbaues, sondern auch die allgemeine Vertheuerung der Güter überhaupt angegeben, und zudem hat das Gesetz die besondern Umstände, welche bei Ermittlung des neuesten Güterpreises berücksichtiget werden dürfen, nicht näher bezeichnet und keinen Unterschied aufgestellt; es sind daher nach der Natur der Sache unter den besondern Umständen alle diejenigen Momente zu verstehen, welche auf die Erhöhung der Güterpreise Einfluß haben, also auch die Momente, welche wie die Eisenbahnanlage die Veräußerung der Güter im vorliegenden Falle veranlassen, da ja gerade dadurch der Erwerb der Güter erschwert und somit der Werth derselben erhöht wird. Endlich haben die Sachverständigen die Güter nach ihrem gegenwärtigen Werthe taxirt, es versteht sich demnach von selbst, daß dieser Werth als der wahre Verkaufswerth, d. h. als der Preis anzusehen ist, der bei einer Veräußerung erlöst würde. Daß der von den Taxatoren angesetzte Preis der

wirkliche wahre Werth der Güter ist, geht daraus unzweifelhaft hervor, daß alsbald nach der Abschätzung mehrere Güter um die von den Sachverständigen festgesetzten Preise verkauft wurden, wie die vorgelegten Auszüge aus dem Kaufbuch der Gemeinde Rheinweiler darthun. Es wird zwar klägerischer Seits geltend gemacht, als seien diese Kaufverträge fingirt, um in diesem Prozesse benützt werden zu können; dieses ist aber eine leere Behauptung, die jeden Beweises entbehrt.

Es ist daher die Beschwerde, daß der §. 24 verletzt sei, nicht gerechtfertiget worden. Ebenso unstichhaltig ist

2) die weitere Beschwerde, daß das Gutachten theils inconsequent sei, theils auf unrichtigen Prämissen beruhe, ersteres, weil die Sachverständigen die Reben durchgehends auf 4000 fl. pr. Morgen taxirt, obgleich sie anerkannt haben, daß sie in zwei Classen einzutheilen seien, letzteres weil die Sachverständigen das Erträgniß der Reben und den Preis des Weins zu hoch, dagegen die Baukosten zu nieder angerechnet haben. Denn was den ersten Umstand betrifft, wornach also die Sachverständigen sämmtliche Rebstücke gleich hoch taxirt haben, so wurde von ihnen auch hiefür ein Grund angegeben, der darin besteht, daß die größere Erträglichkeit des einen Rebstücks die bessere Qualität des andern wieder ausgleiche, ein Grund, der keineswegs als schlechthin verwerflich erscheint, vielmehr sehr einleuchtend ist. Und was den oben geltend gemachten zweiten Umstand anbelangt, daß nämlich von den Sachverständigen das Erträgniß der Reben und der Preis des Weins zu hoch, dagegen die Baukosten zu nieder angesetzt worden seien, so ist vor Allem nicht zu übersehen, daß die Experten das Erträgniß nur als aproximativen Maaßstab angewendet haben. Sodann aber entbehrt die deßfallsige Behauptung des Klägers jeder Begründung; es ist sich zwar auf die Taxation in einem andern Prozesse gegen mehrere Güterbesitzer in Schliengen berufen, aber nicht zugleich behauptet und nachgewiesen, daß in landwirthschaftlicher und örtlicher Hinsicht zu Rheinweiler ganz dieselben Verhältnisse obwalten, wie zu Schliengen.

Es liegt somit kein Grund vor, das einstimmige Gutachten der Schätzer zu verwerfen und eine neue Expertise anzuordnen. Dagegen stellt sich die eventuell erhobene Beschwerde als gegründet dar, die Beschwerde nämlich, daß hinsichtlich der in dem obigen Urtheile benannten Güterbesitzer ultra petitum erkannt worden sei. Diese Güterbesitzer haben in der zur Vernehmlassung auf die Klage festgesetzten Tagfahrt nach §. 53 des Expropriationsgesetzes bestimmte Anforderungen gestellt und ausdrücklich gebeten, den Fiskus in die Bezahlung der von ihnen geforderten Summe zu verurtheilen. Sie waren daher nicht mehr befugt, von ihren Anforderungen später wieder abzugehen, da gerade die Differenz zwischen dem anerbotenen und geforderten Preis das eigentliche Streitverhältniß bildet, was sich aus der Bestimmung in §. 91 ergibt, wornach das Erkenntniß über die Kosten des Hauptverfahrens zur Feststellung der Entschädigungssumme sich insbesondere nach dem Verhältnisse richtet, in welchem das Anerbieten der Verwaltungsbehörde und die Anforderungen der Beklagten von der im Urtheile bestimmten Summe abweichen.

Haager.

III.

Beweiskraft des ehemännlichen Geständnisses im Vermögensabsonderungsverfahren.

(Ein letztes Wort gegen Annalen J. XVIII., No. 10, S. 73 folgende.)

In der jüngsten Erwiderung auf meine Ausführung in Annalen J. XVII. (S. 501 folgende) hat mein Kampfgegner in der That sehr kräftige Waffen zur Vertheidigung seiner Ansicht hervorgezogen; er hat von „Krebsschaden und Pestbeule der Praxis, von heillosem Verfahren“ u. s. w. gesprochen, allerdings stark wirkende Hilfsmittel, welche zu überbieten mir (wenn ich auch hiezu irgendwelche Neigung fände) gar schwer gelingen möchte, ich müßte denn etwa das Gleichniß des Weichselzopfes oder des Miserere zu Hilfe nehmen, was beim Zorn Aeskulaps und der geehrten Redaktion dieser Blätter, nimmermehr geschehen soll! In dieser Rücksicht, und bei dem Umstande, daß ich in der Sache selbst Neues und Gewichtiges in jener gegnerischen Erwiderung nicht gefunden habe, könnte ich meinem Wunsche gemäß die weitere Erörterung dieses Gegenstandes sparen. Die unrichtige Weise, in welcher meine Aussprüche dort zum Theil aufgefaßt wurden, die schiefe Stellung, in welche sie hiedurch scheinbar gebracht wurden, nöthigt mich jedoch noch einige berichtigende Worte zur Abwehr hinzuzufügen.

Mein Kampfgegner legt hier, wo es sich um vernünftige Ausbildung des untergerichtlichen Verfahrens handelt, auf die unterrichterliche Praxis, wie er geradezu

bekennt, auch nicht das geringste Gewicht. Hiefür mögen sich unsere Unterrichter selbst bei ihm bedanken, ich meinerseits habe bei allen Mißgriffen, welche im Verfahren unserer mit Geschäften überladenen Einzelrichter da und dort zu Tage kamen, doch auch nicht so selten die Erfahrung gemacht, daß Untergerichte in einfacher, natürlicher Gesetzesanwendung da das Rechte trafen, wo oberrichterliche Spitzfindigkeit neben das Ziel schoß, was ich, Freimuth gegen Freimuth, hiemit offen bekenne. Man muß einzelne Erscheinungen vom Ganzen, von der gesammten Praxis, wohl unterscheiden, wenn man nicht das Kind mit dem Bade verschütten will.

Dagegen wird von jener Seite alles Gewicht auf die Autorität eines einzigen, allerdings sehr ausgezeichneten Rechtskenners gelegt: Während mein Gegner selbst anführt, daß bei der angeregten Verbesserung unseres bürgerlichen Verfahrens von mehreren Gerichtshöfen auf die gesetzlich zu regelnde Lehre von Geständniß des Ehemannes bei Vermögensabsonderungen hingewiesen wurde, findet derselbe nun, den früheren Wunsch wegen gesetzlicher Abhilfe wegwerfend, vollkommene Befriedigung in dem Gedanken, daß ja die Streitfrage als durch die Wissenschaft schon gelöst anzusehen sei, was aus dem Stillschweigen des Gesetzgebers selbst sich klar erkennen lasse. Zieht man hinsichtlich dieser Folgerung, abgesehen davon, daß eben jener ausgezeichnete Rechtsgelehrte, dessen Ansicht angerufen wird, die jüngste Prozeßverbesserung, vorzugsweise selbst in das Leben rief, in Betracht, daß in letzter Zeit alles darauf ankam, die allernöthigsten Rechtsverbesserungen mit Vermeidung aller Weiterungen rasch zu Stande zu bringen, und daß demgemäß auch so viele landrechtliche Prozeßfragen, deren endliche befriedigende Regelung sehr wünschenswerth erschien, vorerst noch ungelöst bei Seite liegen blieben, so läßt sich nicht verkennen, daß das Stillschweigen des Gesetzgebers hier um so weniger von entscheidendem Gewicht für die Prüfung des bestehenden Rechtes sein kann.

Zum Weiteren bemerke ich:

1) Es wurde von mir keineswegs zugegeben, daß die Unwirksamkeit (Beweiskraftlosigkeit) des ehemännlichen Geständnisses in dem Fall, um welchen sich allein unser Streit dreht, nämlich wenn keine Gläubiger am Absonderungsverfahren Theil nehmen, als eine nothwendige Folge des L.R.S. 1443 angesehen werden darf, vielmehr habe ich die Ansicht ausgesprochen, daß die Vorschrift des Art. 870 des französischen Prozeßgesetzbuches, nach allgemeinen Grundsätzen betrachtet, nur theilweise als eine auf wirklicher Nothwendigkeit beruhende anzusehen sei, während ein Theil seiner Vorschrift, gerade der fragliche Schlußsatz des Art. 870, als eine hinzugekommene besondere Vorkehr des Gesetzgebers erscheine, daß mithin an sich das ehemännliche Geständniß keineswegs für schlechthin unbeweisend (beweiskraftlos) erklärt werden könne, in welcher Beziehung ich die frühere Ansicht (Annalen J XI., S. 213) überall nicht aufgegeben, sondern nur näher ausgeführt habe Hievon wird sich Jeder überzeugen, welcher meine Ausführung mit unbefangenem Blicke prüft.

Hier, wo es sich um das Verfahren bei Vermögensabsonderungen handelt, sind aber vor Allem die Grundsätze des bürgerlichen Prozesses, und zwar des badischen, maaßgebend. Wo die Gläubiger, wie es ihnen gesetzlich freisteht, am Verfahren Theil nehmen, da wird die Stellung des Ehemannes eine ganz andere, sein Geständniß zum Nachtheil der Gläubiger kann in solchen Fällen des Widerstreites die in den Prozeß eintretenden Gläubiger, denen in L.R.S. 1447 das Recht des Widerspruches noch besonders zugesichert ist, auch nach badischem Rechte nicht binden, wie sich aus den Vorschriften über das Verhältniß der Streitgenossen, Pr.-O. §. 96, 99, und der Natur der Sache ergibt.

Die gegnerischer Seits nun mitgetheilte Belegstelle aus Battur's traité de la communauté bestätigt aber gerade, wie die Ansicht der französischen Rechtsgelehrten über die Nothwendigkeit der fraglichen Bestimmung hauptsächlich nur dahin geht und gehen kann, daß die Einführung des Art. 870 des französischen Prozeßgesetzbuches, namentlich des Schlußsatzes, von ihnen als eine Maßregel angesehen wird, die zur Ergänzung des landrechtlichen Systems (nach ihrer Meinung und im Geiste des französischen Prozesses) von Seiten des Gesetzgebers nothwendig erfolgen mußte, wie so manches Andere im französischen Rechte, was gleichwohl in unserer Gesetzgebung nicht mit aufgenommen wurde und bisher nicht nachfolgte.

Jene Maßregel wird von denselben gebilligt, wogegen sie als eine nach den Regeln des Denkens und der Auslegung sich ganz von selbst ergebende Folge überall nicht nachgewiesen werden kann.*) Wenn in jener Beleg-

*) Auch Zachariä begründet die in §. 515, Note 1 seines Handbuches gegebene Andeutung nicht näher, vielmehr verweist er dabei eben auf jenen Art. 870, den er zugleich damit einführt und rechtfertigt. Der Eins.

stelle in Bezug auf die Vorschrift jenes Art. 870 gesagt wird: »il reste au législateur le devoir d'empêcher que le mari ne confère par des voies indirectes des avantages que la loi reprouve«, so ist ja gerade hiedurch deutlich ausgesprochen, daß es dem Gesetzgeber oblag, noch eine besondere Vorkehr hinzuzufügen, während bei uns der Gesetzgeber keine solche hinzufügte.

Wir haben ein ganz abweichendes Prozeßverfahren, welches bisher auf strenger Durchführung der Verhandlungsmaxime beruhte und namentlich hinsichtlich des Ungehorsamsverfahrens auf die von mir (unter Ziffer 4 der früheren Ausführung) hervorgehobene, gegnerischerseits wiederholt übersehene Weise vom französischen Prozeß sich wesentlich unterscheidet, daß die unbedingte Hereinziehung der Vorschrift des mehrerwähnten Art. 870 im Wege der Auslegung sich bei uns als völlig unzulässig darstellen muß.

2) Ferner ist es mir nicht im Entferntesten eingefallen, den §. 65 der Eheordnung für analog anwendbar zu erklären! Im Gegentheil habe ich mich entschieden gegen derlei gewagte Analogieen ausgesprochen. Nur vergleichungsweise habe ich jene Bestimmung in Betracht gezogen, weil durch solche Vergleichung verwandter Bestimmungen der zu erforschende Gegenstand in um so besseres Licht gestellt, die Anschauungsweise des badischen Gesetzgebers um so eher erkennbar wird. Ich habe nur von einer nach Umständen geminderten Glaubwürdigkeit des Geständnisses geredet, mithin das Einwirken besonderer Umstände vorausgesetzt, welche die Glaubwürdigkeit schwächen. Solche Umstände können bei jedem Geständniß, wie überhaupt bei allen Beweismitteln vorkommen, und müssen vernünftigerweise vom Richter beachtet werden; hier im Absonderungsverfahren liegen solche Umstände besonders nahe. Wo aber solche Umstände nicht einwirken, da muß das Geständniß, das wirklich erfolgte, sowie das gesetzmäßig angenommene seine prozeßrechtliche Wirkung bewahren.

3) Was die gegnerischen, mehr als gewagten Analogieen aus Pr.O. §. 508, Zf. 3 und §. 867 betrifft, so kann ich in Bezug auf ersteren Paragraphen, über den Dunstkreis der „Krebsschäden und Pestbeulen" hinwegeilend, mich einfach auf die frühere Widerlegung beziehen, die mir rechtlich so klar scheint, daß jede weitere Beweisführung baare Zeitverschwendung wäre. Man darf nur nicht außer Acht lassen, daß es sich hier gerade allein um den Fall handelt, wo keine Gläubiger als Prozeßgegner gegenüberstehen.

Eben diesen höchst wesentlichen Umstand darf man auch bei Prüfung der zweiten Analogie (aus dem Gantverfahren) ja nicht außer Acht lassen, auch im Gantverfahren stehen ja Gläubiger als Gegenbetheiligte im Prozeß auf der anderen Seite, und es ist nicht zu bezweifeln, daß auch in unserem, der Herrschaft der Verhandlungsmaxime keineswegs ganz entzogenen Gantprozeß eine Beweiserhebung ohne allen Widerspruch des zu Beweisenden von Seiten Betheiligter regelmäßig nicht vorkommt. Sie darf aber auch nicht einmal ausnahmsweise vorkommen, dann in dem gegnerischerseits vorgehaltenen Ausnahmsfall, wenn nämlich gemäß Pr.O. §. 939 die Aufstellung eines Gantanwaltes und Massepflegers unterbleibt, hat ja doch sicherlich die Gläubigerschaft oder ihr etwaiger Ausschuß oder Beauftragter sich über die angemeldeten Forderungen zu erklären. Ein Gantrichter, welcher in solchem Falle ungeachtet des Mangels eines Widerspruches von Seiten irgend eines Gläubigers gegen eine Forderung den Beweis derselben verlangen und erheben wollte, würde seine Pflicht und Stellung nach meinem Dafürhalten arg verkennen, und durch diese unnöthige Kostenvermehrung schon gegen eben jenen §. 939 selbst sich versündigen. Glücklicher Weise schreibt P.O. §. 864 zur Vermeidung alles Zweifels mit dürren Worten vor, daß die Beweisauflage nur erfolgt, wenn der Grund der Ansprüche nun wirklich widersprochen wird, und ich denke, daß auch in diesem Punkte unsere unterrichterliche Praxis auf einfachem, natürlichem Wege das Rechte getroffen haben wird.

Hienach verharre ich in meiner „blinden Vorliebe" für das, was ich für Wahrheit erkennen muß, und kann mich mit dem vorgeschlagenen absonderlichen Absonderungsverfahren nimmermehr befreunden. Hier kann nur die Gesetzgebung abhelfen, nicht aber der Richter, der das bestehende Gesetz auch da, wo es ihm nicht gefällt, heilig zu halten hat, weil sonst ein noch größeres Unheil erwächst.

Eduard Brauer.

IV.

Was ist unter einer Vorausstipulirung im Sinne des L.R.S. 1519 a. zu verstehen?

In Sachen der Wittwe Zeller gegen Elisabetha Zeller, Nutznießung betreffend, wurde von dem Hofgericht des Oberrheinkreises das amtliche Urtheil, welches der Klägerin das eheliche Nutznießungsrecht zuerkannte, dahin abgeändert, daß dieselbe mit ihrer Klage abzuweisen sei.

Gründe.

J. E. daß die Klägerin nirgends behauptet hat, daß die Verlassenschaftstheilung ihres Ehemannes, worin ihr das angesprochene Nutznießungsrecht zugeschrieben worden ist, von dem Beklagten anerkannt wurde, ohne ein solches Anerkenntniß aber jene Theilung als ein bloser Entwurf keinen Rechtstitel für den klägerischen Anspruch abgeben kann;

i. E. daß die Klägerin ihre Nutznießungsforderung außerdem auf die Bestimmung des L.R.S. 745 a. gründet, in welcher Beziehung die Klage als begründet erscheint, weil dieselbe mit ihrem nun verstorbenen Ehemanne in einer Ehegemeinschaft lebte;

i. E. daß jedoch der Klägerin bei Eingehung dieser Ehe die Summe von 1000 fl. als erb und eigen verschrieben und dabei bestimmt worden ist, daß sie oder ihre Rechtsfolger bei einer eintretenden Theilung diesen Betrag im Voraus am Vermögen des Bräutigams zu fordern haben sollen, in welcher Verfügung dieselbe gegen ihren Ehemann oder dessen Erben in der Art begünstiget ist, daß sie außer ihrem Beibringen und gesetzlichen Antheil an der Gemeinschaft noch eine bestimmte Summe aus dem Vermögen ihres Mannes erhält;

i. E. daß eine solche Begünstigung mindestens auch eine Vorausstipulirung im Sinne des L.R.S. 1519 a. ist, da, was hier allein entscheidend ist, der Ehefrau dadurch außerdem, was ihr nach dem Gesetze gebührt, noch etwas Weiteres unentgeldlich zugewendet wird;

i. E. daß diese Auslegung jener Gesetzesstelle nicht nur dem älteren, in Baden bestandenen Rechte, welchem jene Bestimmuug entnommen wurde, sondern auch der allgemeinen Fassung und dem von Brauer in seinen Erläuterungen III., S. 406 angegebenen Grunde am meisten entspricht, es daher auch gar nicht weiter darauf ankömmt, ob die Disposition eine Verfügung im Sinne des L.R.S. 1515 ist, für welche Ansicht übrigens der Umstand spricht, daß ein Voremptang im Sinne des Gesetzes auch dann anzunehmen ist, wenn für die Zahlung das eigene Vermögen des Mannes haftbar erklärt wird, indem diese Haftbarkeit des ehemännlichen Vermögens namentlich die Folge der Entschlagung ist, mit welcher die Ehefrau dem Manne das Gemeingut überläßt und den auch für diesen Fall vorbehaltenen Voraus fordert;

i. E. daß aber auch nach den einzelnen Bestimmungen des Ehevertrages die Contrahenten jene Begünstigung in dem angegebenen Sinne betrachtet wissen und ihrem Vertrage gerade diejenigen Folgen geben wollten, welche jenes Gesetz festgesetzt hat, was sich ergiebt theils aus dem gewählten Ausdrucke „im Voraus," theils aus dem Umstande, daß bei jener Verschreibung nur das in §. 3 constituirte Nutznießungsrecht erwähnt und vorbehalten wurde, obgleich den Contrahenten, wie der gleichfolgende §. 5 zeigt, die nun geltend gemachte gesetzliche Nutznießung vorschwebte; theils endlich daraus, daß überhaupt jene Stellen, welche eigentlich von der Nutznießung handeln (§. 3, 4, 5 des Ehevertrags), die Nutznießung des L.R.S. 745 a. nicht erwähnten, obgleich sie nicht undeutlich zeigen, daß die Contrahenten von der Ansicht ausgingen, der Vertrag setze alles fest, was hinsichtlich der Nutznießung des überlebenden Ehetheiles gelten soll;

i. E. daß demnach selbst abgesehen von der Bestimmung des L.R.S. 1519 a. angenommen werden muß, daß jedenfalls die Contrahenten beabsichtigten, jene eheliche Nutznießung bei der überlebenden Frau stillschweigend abzuschaffen. Aus diesen Gründen ist die Beklagte durch das unterrichterliche Erkenntniß, welches der Klägerin das angesprochene eheliche Nutznießungsrecht aus L.R.S. 745 a. zuerkannte, beschwert, und es mußte deßhalb dasselbe, wie geschehen, abgeändert werden.

Das großh. Oberhofgericht bestätigte dieses Urtheil im Wesentlichen aus gleichen Gründen.

Haager.

Berichtigung.

In No. 11 S. 87 Sp. 2 Z. 8 v. o. lies: Nichteigenthümer statt Miteigenthümer. S. 88 Sp. 2 Z. 16 v. u. lies: Zweckmäßiger statt Zweimäßiger.

In No. 12 S. 89 Sp. 2 Note **) Z. 2 v. o. lies: zuwendet statt entwendet.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. | No. 14. | Mannheim, 5. April 1851.

I.

Oberhofgericht.

Gegen ein hofgerichtliches Erkenntniß des Inhalts: daß die Untersuchung bis auf Betreten des flüchtigen Angeschuldigten zu beruhen habe — findet kein Recurs statt.

Annalen XVII., 439, 482.

Am 11. November 1850 hatte das großh. Hofgericht gegen W Sachs vorstehende Verfügung erlassen. Der hiergegen ausgeführte Recurs wurde unterm 6. März l. J. vom großh. Oberhofgerichte als unstatthaft verworfen.

Entscheidungsgründe.

Indem das großh. Hofgericht erkannte, daß die Untersuchung bis auf Betreten des Angeschuldigten beruhen soll — hat es hierdurch seine Ansicht dahin kund gegeben, daß nach dermaliger Actenlage der Angeschuldigte des Hochverraths für klagfrei erklärt werden müßte. Damit ist jedoch weder die Klagfreierklärung selbst ausgesprochen, noch überhaupt ein Urtheil in der Sache gegeben, sondern die Entscheidung zur Zeit ausgesetzt und das strafrechtliche Verfahren auf so lange eingestellt, bis im Betretungsfalle weiter gegen den Bezüchtigten eingeschritten werden kann.

Ist aber ein wirkliches Erkenntniß, welches den Angeschuldigten in irgend einer Form entweder freispricht oder verurtheilt, noch nicht ergangen, so kann auch von keiner Seite ein Recurs dagegen eingeführt werden.

Die Unstatthaftigkeit des Recurses ergibt sich schon aus der Betrachtung, daß nur eine prozeßleitende Verfügung, aber keine endliche Entscheidung vorliegt, welche vom Recursrichter bestätigt oder abgeändert werden könnte.*)

Das von dem recurrentischen Anwalt gestellte Begehren: den Angeschuldigten entweder verdachtlos zu erklären oder aber auszusprechen, daß die Untersuchung wegen Mangels am Thatbestande des Hochverraths zu beruhen habe — ist daher schlechthin unbegründet, weil dasselbe eine erstinstanzliche Entscheidung in der Sache selbst voraussetzt, welche zwar vorbehalten, aber noch nicht wirklich gegeben ist.

Die weitere Beschwerde wegen versagter Erhebung von Entlastungsbeweisen erscheint eben so hinfällig, weil diese Erhebung nur dann einen Zweck haben könnte, wenn dadurch ein Urtheil des vorgedachten Inhalts beseitigt werden sollte.

Der Recurrent hat keinen Grund den Gerichten hierwegen Vorwürfe zu machen, da die Untersuchung so weit gepflogen wurde, als es ohne Vernehmung des Angeschuldigten geschehen konnte. Der Letztere ist nur berechtigt, die Erhebung von Entlastungsbeweisen, die er nicht schon dem Untersuchungsrichter an Handen gegeben hat, alsdann zu begehren, wenn er sich stellt. Bis dahin bleibt die Untersuchung geschlossen, so fern nicht neue Anschuldigungsthatsachen eine Wiederaufnahme derselben veranlassen.

Durch den in zweiter Reihe gestellten Antrag: es wolle die Erhebung der weiteren Entlastungsbeweise angeordnet und sodann das Urtheil in der Sache selbst vom

---

*) Diese Sache war bereits in zweiter Instanz anhängig, als das Gesetz vom 5. Februar 1851 (Reg.-Bl. No. 9) erschien, welches eben deßhalb, nach §. 146 desselben, auf den vorliegenden Fall nicht zur Anwendung gebracht werden konnte.

Der §. 134, nach welchem jetzt gegen das hofgerichtl. Erkenntniß eine Beschwerdeführung zuläßig wäre, bestätigt die Richtigkeit der oberhofgerichtl. Ansicht, daß nach dem provisor. Gesetz vom 1. August 1849 gegen ein solches Erkenntniß kein Recurs stattfindet.

höchsten Gerichtshofe erlassen werden — würde die im §. 8 des provisor. Gesetzes vom 1. August 1849 ertheilte Vorschrift umgangen und dem Oberrichter zugemuthet, dasjenige nachholen zu lassen, was der Angeschuldigte selbst durch seinen Ungehorsam versäumt hat.*)

Sollte übrigens der diesseitige Gerichtshof im ersten Rechtszuge über die Sache selbst entscheiden, so müßte ihm jedenfalls unbenommen sein, nicht blos frei zu sprechen, sondern auch zu verurtheilen. Es möchte aber dem Interesse des Angeschuldigten nicht zusagen, wenn er hierorts abgeurtheilt würde, weil dadurch eine Instanz ausfiele, welche, wenn auch Recurrent darauf verzichten wollte und könnte, in keinem Falle dem großh. Staatsanwalte entzogen werden dürfte.

Das eventuelle Gesuch: dem großh. Hofgerichte aufzugeben, nach ergänzter Untersuchung das Erkenntniß zu erlassen — würde eine Prüfung der Vorfrage: ob die Untersuchung spruchreif sei oder nicht? nothwendig machen, womit sich das Recursgericht, als zur Zeit in der Sache selbst incompetent, nicht zu befassen hat.

Eine Beschwerde wegen Justizverzögerung wäre überdieß schon deßhalb verwerflich, weil das großh. Hofgericht so, wie es das angerufene Gesetz für Fälle der vorliegenden Art vorschreibt, durch sein Erkenntniß vom 11. November 1850 verfügt und somit die Justiz nicht verweigert hat.

*) Es ist eine unbedingte Bürgerpflicht, auf Verladung vor Gericht zu erscheinen, und sich über den Gegenstand der Anschuldigung vernehmen zu lassen. Wenn sich nun ein Angeschuldigter, statt dieser Pflicht zu genügen, der Untersuchung durch die Flucht entzieht, und dadurch selbst verschuldet, daß Entlastungsbeweise, welche nur ihm bekannt sind, vom Untersuchungsrichter nicht beachtet werden, so folgt daraus ganz sicher nicht, daß der urtheilende Gerichtshof auf Entlastungsbeweise, zu deren Kenntniß er erst durch die nach dem Schluß der Untersuchung eingereichte Vertheidigung gelangt, Rücksicht zu nehmen hat, indem sonst das Untersuchungsverfahren aus seinem Geleise gebracht und dem Ungehorsam in der That die Krone aufgesetzt würde. Der Abwesende hat keinen Anspruch auf ein freisprechendes Urtheil, weil gerade dann, wenn die vorliegenden Beweise zu seiner Verurtheilung nicht hinreichen, die Untersuchung bis auf dessen Betreten ruhen soll. Eine Erhebung von Entlastungsbeweisen zum ewigen Gedächtniß kennt aber unser Strafverfahren nicht. Ueberdies schließt die nach dem neuesten Gesetz dem Angeschuldigten in einem einzigen Fall zustehende Beschwerdeführung das Vorbringen neuer Thatsachen und Beweise aus, weil sie lediglich nach den Acten, wie sie liegen, begründet und gerechtfertigt werden muß.

Die eventuell nachgesuchte Auflage an das großh. Hofgericht mußte demnach unterbleiben.

A. d. großh. rc. rc.

D. R.

II.

Darleihe durch Wechselgeschäfte und Verbürgung.

K. von Vöhrenbach verschaffte sich für seine industriellen Unternehmungen die nöthigen Mittel durch einen längere Zeit hindurch mit R. in Mannheim unterhaltenen Verkehr in Wechselgeschäften, indem er nämlich Wechsel auf R. zog, welche dieser dem getroffenen Uebereinkommen gemäß jeweils nach der Ordre des K. ausbezahlte, wogegen R. mitunter auch von K. Wechsel zum Einzug erhielt. Eine Saldirung am 31. Dezember 1846 stellte ein Guthaben des R. von 5958 fl. heraus, welches sich durch weitere von K. ausgestellte Wechsel auf 7000 fl. steigerte. Hiefür stellte K. dem R. am 10. April 1847 einen Schuldschein aus, in der hierher gehörigen Hauptstelle, also lautend:

„Ich Endesunterzeichneter bekenne dem Herrn R. in M. 7000 fl. mit Worten rc. nebst laufenden Zins schuldig zu sein, wofür ich Herrn R. Wechsel auf mich selbst, zahlbar in Vöhrenbach, ausgestellt habe."

Nach dem Inhalt der bemerkten Wechsel sollte die ganze Schuld in 6 Monaten getilgt sein. — Durch Urkunde vom 2. Mai 1847 verbürgte sich der Schwager K.'s, Nepomuck Thoma, für eine zu 5 pCt. verzinsliche Darlehensschuld K.'s an R. im Betrag von 7000 fl.

K. leistete zwar einige Zahlungen, blieb jedoch mit 5200 fl. im Rückstand, weßhalb R. ihn einklagte und ein verurtheilendes Erkenntniß gegen ihn erlangte. Derselbe erwirkte im Vollstreckungsverfahren Arrest auf ein namhaftes Guthaben K.'s an Raimund Hilser; aber auch dieser fiel, wie vorher schon K., in Gant. In beiden Ganten meldete R. seine Forderung an. Während dem Lauf dieser Ganten klagte R. die eben gedachte Restsumme mit Verzugszinsen gegen die Wittwe und minderjährigen Kinder des inzwischen verstorbenen Bürger Thoma ein, und führte in der Klage zur Begründung die eben dargestellten thatsächlichen Verhältnisse an. — Nach der Vernehmlassung wies der Unterrichter die Klage als in

Rechten nicht begründet ab, weil er in den der Klage zu Grund gelegten Geschäften keine Darleihe, sondern einen Auftragsvertrag zwischen K. und R. erkannte, Thoma aber nicht für ein solches Geschäft, sondern für ein Darlehen, wie die Klage selbst angebe, in Bürgschaft übernommen habe. Das Hofgericht bestätigte, auf die Berufung des Klägers, derselben Rechtsansicht folgend, das amtl. Erkenntniß. Der Kläger führte dagegen die Oberberufung aus. Das Oberhofgericht fand die Beschwerde des Klägers begründet und erkannte zunächst auf den Beweis der von dem Beklagten bestrittenen Thatsachen. In den oberhofgerichtlichen

Entscheidungsgründen

ist über die Begründung der Klage gesagt:

„Allerdings wurde nach dem Klagvortrag selbst von Nepomuck Thoma nur für ein Darlehen im Betrag von 7000 fl. Bürgschaft geleistet. Es ist aber rechtlich gleichgültig, ob die zum Begriff des Darlehens nach L.R.S. 1892 erforderliche Ueberlieferung der vertretbaren Sache, hier der eingeklagten Geldsumme, durch unmittelbare Baarzahlung an den Darlehensempfänger K. geschehen sei, oder durch Wechsel, welche K. auf den Kläger zog, wenn nur die Leistung (Ueberlieferung) wirklich gemacht wurde, sei es durch die Berichtigung der Summe an den Aussteller des Wechsel (Trassanten), oder an wen sonst auf dessen Ordre. Daß dieses, die Ueberlieferung, geschehen sei, gehört aber wesentlich zur erhobenen Bürgschaftsklage, weil nach L.R.S. 2012 die Bürgschaft nur zu Recht besteht, wann sie für eine giltige Schuld übernommen wird, und eine giltige Darlehensschuld nur unter der ebenbemerkten Voraussetzung denkbar ist.

Nach Gesetz (A.S. 109 c.) und Handelbrauch laufen in Handelsgeschäften vom Verfalltag an Zinsen, ohne vorherige Zahlungsanforderung; und mit jedem Saldo wird der sich ergebende Bevor fällig, und eben darum wird durch den nicht sogleich erstatteten Saldo (Saldirung) selbst verstanden die Verbindlichkeit zur Wertherstellung in derselben Gattung für das Kreditirte mit den gesetzlichen Zinsen begründet. Gerade diese Momente zusammen begründen aber auch vollständig den Begriff des verzinslichen Darlehens. (L.R.S. 1892 und 1905.) Sie sind in den in der Klage vorgetragenen und im Erkenntniß dem wesentlichen Inhalt nach — so weit sie bestritten sind — hervorgehobenen Thatsachen behauptet. An der rechtlichen Begründung der Klage ist daher nicht zu zweifeln. L.R.S. 2011 und 2017 verb. mit S.S. 1134, 1156, 1181, 1409, 1528."

Kläger trat den Beweis durch eine Reihe von Urkunden an, von welchen die entscheidendste, die Bürgschaftsurkunde, wörtlich lautet:

„Ich Endesunterzeichneter mache mich verbindlich für die Summe von fl. 7000 mit Worten sieben tausend Gulden nebst Zins zu 5 pCt. verzinslich, daß Herr K. an Herrn H. S. R. in Mannheim schuldig für baares Anlehen ist, und wenn Dato in sechs Monat obige 7000 fl. von Herrn K. an Herrn R. bis obigen Termine nicht abbezahlt sein sollten, ich mich verobligiere, besagte sieben tausend Gulden nebst Zinsen, nicht nur als Bürge, sondern als selbst Zahler und franco an Herrn R. nach Mannheim einzuschicken: alles dieses bekräftige ich mit gehöriger Vollziehung und meiner eigenen Handunterschrift, nebst Beidrückung meines Siegels."

Herzogenweiler, den 2. Mai 1847.

Nepomuck Thoma.

Bei der mündlichen Schlußverhandlung suchte der Anwalt der Beklagten hauptsächlich den Beweis der Identität der verbürgten 7000 fl. mit der Schuldsumme in dem Schuldschein K 8 vom 10. April 1846 zu beanstanden.

Das oberhofgerichtl. Enderkenntniß vom 28. Februar 1851 (II. S.) änderte die vorderinstanzlichen Erkenntnisse dahin ab:

„daß die bekl. Wittwe des verstorbenen Nepomuck Thoma, unter Verfällung in die Kosten aller drei Instanzen, schuldig sei, an den Kläger die eingeklagten 5244 fl. 3 kr. nebst Zinsen zu 5 pCt. vom 30. Mai 1847 binnen 4 Wochen bei Vermeidung der Vollstreckung zu bezahlen, auch demselben die Kosten aus dem frühern Prozesse gegen den Hauptschuldner K., welcher durch die Bitte vom 4. November 1847 um unbedingten Befehl veranlaßt worden, zu ersetzen; wobei übrigens der Beklagten vorbehalten bleibt, dasjenige in Abzug zu bringen, beziehungsweise für sich in Anspruch zu nehmen, was in Folge der Liquidation des Klägers in den Ganten des Posthalters K. und des Raimund Hilser an den Kläger etwa bezahlt worden ist, oder noch zuerkannt werden sollte."

In den oberhofgerichtl. Entscheidungsgründen hiezu

ist nach der Ausführung, daß der Beweis der Schuldforderung von K. geführt sei,*) weiter gesagt:

„Was 2) die Bürgschaftsübernahme anbetrifft, so hat Kläger den Beweis durch Production der Orginal bürgschaftsurkunde vom 2. Mai 1847 angetreten, mit welcher die unter Beil. 4 der Beweisantretungsschrift vorgelegte Abschrift als vollkommen übereinstimmend gefunden worden ist. Diese Urkunde ist durch diesseitigen Beschluß vom 7. September v. J. für anerkannt erklärt worden. Sie besitzt alle formellen und materiellen Erfordernisse der Beweiskraft. Es kann namentlich kein Zweifel entstehen, daß darin Nepomuck Thoma, der Rechtsvorfahrer der Beklagten, für eben die 7000 fl. die Bürgschaft übernahm, welche K. dem Kläger in der im Schuldschein vom 10. April 1847 und in der Klage dargestellten Weise schuldig geworden ist. Es geht dies schon daraus hervor, daß die in der Bürgschaftsurkunde aufgeführte Summe im Betrag und in den Zahlungsfristen mit der in der Klage angeführten Forderung des Klägers an Posthalter K., wie dieselbe schon in dem durch die Klage vom 8. Juni 1847 veranlaßten Streit festgestellt worden ist, genau übereinstimmt; ferner daraus, daß beklagter Seits das Dasein einer anderen Forderung des R. an K. nicht behauptet ist.

Der dem Kläger auferlegte Beweis ist demnach in jeder Beziehung als geführt zu erachten.

Die rechtliche Wirkung hievon ist nach den bereits zum Beweiserkenntniß angeführten Gesetzesstellen, und bei den rücksichtlich der Passivlegitimation in der Vernehmlassung enthaltenen Zugeständnissen die Verbindlichkeit der beklagten Wittwe des verstorbenen Nepomuck Thoma für sich und die unter ihrer Vormundschaft stehenden minderjährigen Kinder, die eingeklagte Hauptsumme von 5244 fl. 3 kr. nebst 5 prozentigen Zinsen vom 30. Mai 1847 an den Kläger zu bezahlen. — Auch die Kosten haben die Beklagten dem Kläger nach L.R.S. 2016 zu erstatten, und zwar auch jene der ersten Klage, die der Klage gegen den Hauptschuldner, da von der im frühern Rechtsstreit mit dem Hauptschuldner geschehenen Streitsverkündung an der Bürge Thoma in der Lage war, die Kosten durch Erfüllung seiner Verbindlichkeit abzuwenden.

*) Die Schuldurkunde vom 10. April 1847 enthält weder von einem Darlehen, noch von einem andern Rechtstitel etwas, ist also eine f. g. stumme; die wirkliche Entstehungsart der Schuld ist aber in dem frühern Streit zwischen R. und K., in welchem die Streitverkündung an den Bürgen erfolgte, liquid gestellt. Der Eins.

Es könnte noch die Frage aufgeworfen werden: ob der Kläger nicht nachzuweisen habe, daß er in der Gant des Posthalters K. und in jener des Schuldners desselben, Raimund Hilser, in welchen beiden er nach seiner eigenen Ausführung seine Forderung geltend gemacht, keine Zahlung zu hoffen oder schon erlangt habe, da er unbestreitbar von dem Bürgen das nicht nochmals verlangen darf, was er schon anderwärtig erhalten hätte? — Abgesehen jedoch davon, daß von beklagter Seite eine solche Zahlung nicht behauptet ist, kommt eines Theils in Betracht, daß die in L.R.S. 2022 bezeichnete Vorausklage von Seite der Beklagten, nicht verlangt worden ist, anderntheils aber versteht es sich von selbst, daß der Beklagten das jederzeit zu gut kommen muß, was Kläger etwa in Folge jener von ihm eingeleiteten Schritte erhalten haben oder ihm noch zukommen sollte. L.R.S. 2021 und 2028.

Aus diesen Gründen und nach §. 169 der P.O. hinsichtlich der Kosten wurde wie geschehen abändernd erkannt."

Anmerkung. Daß man es mit dem Begriff des Darlehens nicht so buchstäblich nehmen dürfe, wie hier von den Unterrichtern geschehen, findet sich bei Troplong in seinem Werke über den Darleihvertrag (pret) mit folgenden Worten auseinandergesetzt und durch ein Beispiel veranschaulicht:*) der Darleihvertrag ist keiner bestimmten äußerlichen Form unterworfen. — Wenn z. B. Jemand, welcher eine Reise nach Neapel beabsichtigt, einen Banquier zu Paris um einen Kreditbrief an einen Banquier zu Neapel angeht, so ergeben sich folgende Rechtsverhältnisse:

1) ein eröffneter Kredit, oder das Versprechen eines Darlehens, welches der Banquier von Neapel dem Reisenden macht. Dies ist noch kein Darlehen; es ist noch nichts überliefert; ein wesentliches Erforderniß der Darleihe fehlt also.
2) Wenn der Reisende von dem Kredit Gebrauch macht, so entsteht ein Darlehen; die Zahlung erhebt das Versprechen zum Vertrag; so viele Zahlungen ihm geleistet werden, so viele gesonderte Darlehen entstehen.
3) Der Banquier von Paris endlich erscheint, sofern der Empfohlene vom Kreditbrief Gebrauch macht, als dessen Bürge.

Zentner.

*) Chap. II., No. 216, 218.

III.

Oberhofgericht.

1) Scheinveräußerung des Schuldners zum Nachtheil der Gläubiger.
2) Rechtliche Natur der beweglichen Zugehörden einer Landwirthschaft.
3) Klumpenkauf und dessen Untheilbarkeit.

Armbruster gegen Armbruster.

Aus der Concursmasse des S. Armbruster vindicirte dessen Ehefrau sämmtliche bei dem Gantausbruch auf dem Gute des Gemeinschuldners vorhanden gewesene Fahrnisse, sich darauf berufend, daß J. Dieterle diese Fahrnisse am 8. Mai 1848 von dem Kridar gekauft und ihr sodann eigenthümlich überlassen habe. Unter diesen Fahrnissen, welche fortwährend im Besitz des Gantmannes geblieben und eben darum auch zur Masse gezogen worden waren, befanden sich zum großen Theil solche Gegenstände, welche, wie die Früchte auf dem Halm und das zum Betrieb des Gutes dienende Inventar durch ihre Natur und Bestimmung im gesetzlichen Sinne zu den unbeweglichen Sachen gehören und bis zur Trennung von dem Gute denselben Gesetzen wie dieses selbst unterliegen. L.R.S. 516, 520, 524.

Diesem Anspruch setzten die Gläubiger einwendend entgegen, daß der angebliche Verkauf, als ein Act unter dritten und als ein zum Abbruch ihrer Rechte abgeschlossenes Scheingeschäft ihnen gegenüber wirkungslos und nichtig, auch der Gegenstand desselben schon um deßwillen als ein Bestandtheil der Masse zu betrachten sei, weil sich der Kridar beim Gantausbruch im Besitze der reclamirten Fahrnisse befunden habe.

Der Gantrichter erklärte den fragl. Vertrag für nichtig und wies die Klägerin mit ihrer Vindication ab.

Dieses Erkenntniß erhielt am 4. October 1850 die hofgerichtliche und am 16. Januar 1851 die oberhofgerichtliche Bestätigung. Die Entscheidungsgründe der letzten Instanz lauten dahin:

Nach bekannten Rechtsgrundsätzen kann der Kauf der beim Gantausbruch einen Bestandtheil des Gutes bildenden Gegenstände, ohne dessen Transcription, den Gläubigern gegenüber nicht geltend gemacht werden, und in keinem Falle haben die schon früher durch Inscription auf das liegenschaftliche Vermögen gedeckten Gläubiger durch jenen Kauf das Recht verloren, zu ihrer Befriedigung auf die ihnen mitverpfändeten Kaufobjecte zu greifen.

Die sich hieraus ergebende Unwirksamkeit des von Dieterle geschlossenen Kaufs bezüglich eines Theils der darunter begriffenen Gegenstände macht aber den ganzen Vertrag hinfällig, indem derselbe als Klumpenkauf ein unzertrennliches Ganze bildet und nicht ermittelt werden kann, welcher Theil des bedungenen Kaufschillings auf die wirklichen Fahrnisse fällt.

IV.

Rückdatirung einer Handelsgant.

(Vrgl. v. Jahrg. No. 7 u. 13.)

Gegen eine in Wolfach unter dem Namen „Schifferschaft Wolfach" bestehende Handelsgesellschaft wurde auf Anzeige eines der Gesellschaftsmitglieder unter Vorlage einer Bilanz, welche eine bedeutende Ueberschuldung nachwies, den 23. Januar 1849 Gant erkannt, und auf Antrag des Gantanwalts sowohl wie der Gläubiger der 25. September 1848 als Tag des Ausbruchs des Zahlungsunvermögens im Sinne des A. 208 des Handelsgesetzbuchs bestimmt. Für diese Bestimmung wurden folgende Gründe angeführt: Die Schifferschaft war der fürstenbergschen Standesherrschaft nach und nach über fl. 40,000 für erkauftes Holz schuldig geworden; diese Schuld war eine Handelsschuld, weil das Holz zum Wiederverkauf mit Gewinn angekauft worden war. Schon im März, dann wieder im April, Juni und Juli 1848 ließ die fürstliche Standesherrschaft ihre Schuldnerin an die Zahlung mahnen, erhielt aber stets Vertröstungen und dergleichen Antworten. Als das fürstliche Rentamt am 25. September 1848 eine Anweisung von nur fl. 300 zur Zahlung auf die Schifferschaft abgab, erwiderte diese, sie vermöge dieselbe nicht einzulösen. Am nämlichen Tag widersprach sie auch einem bedingten Zahlbefehl von fl. 13,000, welchen die fürstl. Standesherrschaft genommen hatte, worauf letztere, jedoch erst unter dem 5. Dezbr. 1848, förmliche Klage wegen ihrer ganzen Forderung von fl. 42,928 nebst Zinsen erhob.

Außerdem ergab sich aus dem Brief Copierbuch, daß an verschiedene andere Gläubiger, welche auf Zahlung ge-

drungen hatten, unter dem 11., 16., 20., 22., 28. September und 6., 18., 23. Oktober 1848 theils Bitten um Ausstand, theils geradezu Zahlung verweigernde Briefe abgelassen worden waren, worauf Einzelne unter ihnen klagbar wurden, so z. B. ein Wirth in Triberg wegen fl. 1346 unter dem 18. Oktober, ein Handlungshaus in Mannheim wegen fl. 12,569 unter dem 24. Oktober, ein Kaufmann in Wolfach wegen fl. 5000 unter dem 30. Oktober; ein gewisser Oberfall nahm den 3. November einen bedingten Zahlbefehl, der aber widersprochen wurde, worauf er den 15. Dezember 1848 Klage erhob. So lag also eine große Reihe von Zahlungsverweigerungen vor; diesen wurde in einer von etlichen sechszig Personen ergriffenen Berufung eine noch größere Reihe von Zahlungen, welche vom 25. September 1848 bis zum 23. Januar 1849 sich auf beinahe fl. 70,000 belaufen haben sollen, entgegen gehalten. Es stellte sich aber heraus, daß diese Zahlungen zum größten Theil an die Mitglieder der Gesellschaft oder an deren nächste Verwandte oder an besonders einflußreiche Personen geleistet worden, und darum geeignet waren, von den Gläubigern mittels der actio Pauliana angefochten zu werden. In der That ergab sich für diejenigen, welche Einsicht von den Büchern nahmen, daß der größere Theil jener angeblichen Zahlungen in Ueberweisungen bestand, indem man die Forderungen einzelner Gesellschaftsmitglieder an die Gesellschaft dadurch tilgte, daß diese ihnen solche Forderungen, welche sie an andere Gesellschaftsmitglieder hatte, an Zahlungsstatt überwies; es kam dabei kein Geld aus der Gesellschaftscasse oder in dieselbe, als etwa solche kleine Summen, welche zur Ausgleichung nothwendig waren. Das großh. Hofgericht bestätigte daher das amtliche Erkenntniß, wogegen die Oberberufung ergriffen wurde, welche jedoch keinen bessern Erfolg hatte.

Das großh. Oberhofgericht bestätigte unter dem 6. März 1851 die Erkenntnisse der beiden vordern Instanzen aus folgenden Gründen:

„Aus den vorliegenden Gantakten ergibt sich, daß die Schifferschaft zu Wolfach, über deren Vermögen am 23 Januar 1849 die Gant erkannt wurde, bereits mehrere Monate vorher ihre Zahlungen faktisch eingestellt hatte.

Dieses war insbesondere gegenüber der fürstlich fürstenberg'schen Standesherrschaft der Fall, wie aus der bei den betreffenden Akten liegenden Correspondenz, namentlich dem Schreiben vom 25. September 1848 hervorgeht, wornach die Schifferschaft die Einlösung einer Anweisung von fl. 300 verweigerte und die größte Verlegenheit erwähnte, in welche sie durch die bereits eingeklagte Forderung der Standesherrschaft und deren Bekanntwerdung versetzt würde.

Das Nämliche erhellt aus den Akten der Handlung Ladenburg in Mannheim gegen die Schifferschaft, wonach die letztere mehrmals Zahlungsfristen nachsuchte und zuletzt in dem Schreiben vom 22. Oktober 1848 ihre dermalige Zahlungsunfähigkeit erklärte.

Die nach diesem Zeitpunkte von der Gemeinschuldnerin noch geleisteten Zahlungen sind theils im Verhältniß zu dem Betrieb der Gesellschaft als unbedeutend zu betrachten, theils an Mitglieder der Gesellschaft selbst und deren Angehörige erfolgt, daher nicht geeignet, die im Wesentlichen andern Gläubigern gegenüber erfolgte Einstellung der Zahlungen von Seiten der Schifferschaft in Frage zu stellen.

Die Richter der vorderen Instanzen haben daher den Zeitpunkt des Ausbruchs des Zahlungsunvermögens der Schifferschaft Wolfach mit Recht nach Maßgabe jener Vorgänge, insbesondere des genannten Schreibens vom 25. September 1848 bestimmt, da nicht nur die Erfüllung von Handelsverbindlichkeiten verweigert worden, sondern auch die Einstellung der Zahlungen überhaupt, soweit sie hier in Betracht kommen, eingetreten ist.

Vergl. Anhangsatz 208.

Schiebe, Handelsrecht S. 619. seq.

Sirey, Code de C. annoté ad Art. 437. 441."

Bei der mündlichen Verhandlung dieses Prozesses kam der eigentliche Sinn des A. 208 in Frage. Die Fassung, welche dieser Artikel in der Uebersetzung erhalten hat, könnte nämlich zu der Ansicht führen, als dürfte eine Gant nicht weiter zurückdatirt werden, als zu dem Zeitpunkt, da der Schuldner entweder zu zahlen aufhört oder sich für zahlungsunvermögend erklärt. Der zweite Absatz des Artikels spricht, seinem Wortlaute nach, ganz entschieden für diese Ansicht und es würde sich an deren Richtigkeit gar nicht zweifeln lassen, wenn man nicht durch dieselbe zu dem Resultat gelangte, daß eine Rückdatirung überhaupt nicht eintreten könnte. Erklärt nämlich der Schuldner sein Zahlungsunvermögen, so wird sofort Gant erkannt, dieses Erkenntniß würde, auch wenn es durch einen Zufall verspätet würde, doch auf den Tag, da der Schuldner seine Insolvenz erklärt hat, zurückwirken, ohne daß man darin eine Rückdatirung erkennen könnte. Ebenso in dem Fall, wenn eine vollständige Einstellung aller Zahlungen

eintritt, denn es ist kaum denkbar, daß ein solcher Zustand nur mehrere Tage dauern kann (namentlich in Frankreich, wo in Handelssachen sehr schnelle Justiz geleistet wird), ohne das Einschreiten der Gerichte zu veranlassen. Abgesehen hievon fragt man auch umsonst nach der Bedeutung des ersten Absatzes des A. 208; hier werden Merkmale, nach welchen der Zeitpunkt der Eröffnung der Gant fixirt werden soll, aufgeführt, aber gleich hinterher soll der Gesetzgeber gesagt haben, daß durch alle diese Merkmale jener Zeitpunkt doch nicht bestimmt werde, sondern nur allein durch die Einstellung aller Zahlungen oder durch die Erklärung des Schuldners über seine Zahlungsunfähigkeit. Einen solchen Widerspruch in zwei einander unmittelbar folgenden Sätzen kann man doch wohl nicht voraussetzen! Vergleichen wir zunächst den französischen Text, so wird schon ein merklicher Unterschied bezüglich der Redaction ans Licht treten. Der zweite Satz des A. 441 lautet dort so: Tous les actes ci-dessus mentionnés ne constateront néanmoins l'ouverture de la faillite, que lorsqu'il y aura cessation de paiements ou déclaration du failli. Wenn man diesen Satz genau übersetzt, so würde er etwa so lauten: „Diese oben erwähnten Vorgänge sollen gleichwohl den Anfang einer Gant nur dann bestimmen, wenn Zahlungseinstellung oder Insolvenz Erklärung eintreten wird." Das im französischen Text gebrauchte futurum scheint mir den wahren Sinn des Gesetzgebers zu offenbaren, indem hierdurch angedeutet werden will, daß die einzelnen Vorgänge, welche er aufzählt, für sich allein nicht genügen, den Anfang einer Gant zu bestimmen; vielmehr müsse in der Zukunft ein weiteres Merkmal hinzutreten, nämlich die Zahlungseinstellung oder Ganterklärung. So wird der Sinn des Gesetzes durchaus klar: Heute z. B. erfolgt ein Protest oder das Schließen des Ladens oder ein ähnlicher Vorgang, acht Tage später die Ganterklärung, dann wird der Anfang der Gant zurückgesetzt auf den Tag des Protest's oder des Verschließens des Ladens u. s. w. Unser Text hat dagegen jenes futurum in ein praesens, und sogar, um den richtigen Sinn vollständig zu verhüllen, durch Beifügung des Wortes „zugleich" das praesens in eine Gleichzeitigkeit verwandelt. Gleichwohl sagt Brauer in seinen Erläuterungen zu diesem Artikel (Bd. 4, S. 429): „es solle allemal eine Zurückrechnung eintreten, deren Zielpunkt nicht durch das Gesetz festgestellt, sondern dem Richter zur Feststellung überlassen ist, so jedoch, daß er in Ausmitlung desselben die in unserm Satz angegebenen Gesichtspunkte festhalten muß." Diese Erläuterung stimmt vollständig mit dem überein, was oben über den richtigen Sinn des französischen Textes gesagt ist, weßhalb kein Zweifel darüber bestehen kann, daß unser Text keineswegs absichtlich, sondern aus Unachtsamkeit des Uebersetzers von dem französischen Text abweicht. In solchen Fällen haben die Gerichte bisher nie Anstand genommen, den aus der Vergleichung des Urtextes sich ergebenden richtigen Sinn des Gesetzes der blos wörtlichen Auslegung vorzuziehen, wie auch wieder die oben angeführte gleichförmige Entscheidung in dem erzählten Rechtsfall darthut.

Die Redaktion des französischen Textes ist übrigens auch nicht ganz fehlerfrei. Der zweite Theil des Art. 441 erscheint nämlich ganz überflüssig, insofern er mehr nicht sagen soll, als daß die in dem ersten Absatz angeführten Merkmale nicht hinreichend seien, den Anfangstermin der Gant zu bestimmen, wenn nicht Zahlungseinstellung oder Ganterklärung nachfolgt. Denn sobald es sich darum handelt, den Anfangstermin einer Gant zu bestimmen, so muß doch eine Gant vorhanden sein — und diese wird wohl nicht leicht unter andern Voraussetzungen eintreten können, als wenn der Schuldner entweder seine Zahlungsunfähigkeit anzeigt oder zu zahlen aufhört. Wozu also wiederholen, was sich von selbst versteht? Hierauf läßt sich nur durch die Geschichte der Entstehung der gegenwärtigen Fassung dieses Artikels, welche Locré, Esprit du code de c. tome 5, p. 85 s. (Pariser Ausgabe) ausführlich erzählt, eine genügende Antwort geben: Nach dem ursprünglichen Vorschlag sollte die Ganterklärung den Anfang der Gant bestimmen, wogegen mit vollem Recht Einsprache erhoben wurde. Man hat daher vorgeschlagen, den Anfang der Gant außer der Erklärung des Gemeinschuldners noch durch seine Entweichung oder durch das Schließen des Ladens bestimmen zu lassen. Dem wurde dann noch beigefügt:

Elle est encore fixée par la date du prémier protêt ou par la date de tous actes, constatant le refus de payer.

Diese Bestimmung rief aber Reklamationen von allen Seiten hervor; die Handelsgerichte erklärten sich in Masse gegen dieselbe, weil sie befürchteten, daß nach derselben jeder Handelsmann, gegen den ein Wechsel protestirt wird, sofort für zahlungsunfähig erklärt werden könne — eine Befürchtung, die offenbar nicht begründet ist, weil hier nur gesagt werden will, welche Merkmale den Anfang einer bereits ausgebrochenen Gant bestimmen, keineswegs

aber, daß diese auch dazu hinreichen, die Gant selbst zu erklären. Aber die Befürchtungen waren einmal rege, und wie weit diese gingen, mag man aus einer einzigen Stelle aus den Bemerkungen des Handelsgerichts von Paimpol ersehen.

„Wenn der Vorschlag angenommen wird, sagt dieses Gericht, daß der Anfang der Gant nach einem Protest oder auch nach einem verurtheilenden Erkenntniß bestimmt wird, so wird der Handel Frankreichs in der nächsten Zeit mehr Vergantungen als je vorher erleiden, und selbst die größten Häuser werden durch den Fall derjenigen, mit denen sie in Verbindung gestanden haben, mit in den allgemeinen Ruin gezogen werden."

Locré, C. c. p. 94—99.

Hierdurch sah man sich genöthigt, dem obigen Satz eine Beschränkung folgen zu lassen, welche nach der ersten Redaktion so lautete: Ces actes ainsi que le protêt ne constatent néanmoins l'ouverture de la faillite que lorsqu'ils sont suivis d'une cessation de tous paiements.

Der Zweck dieses Zusatzes ist demnach klar: man wollte verhüten, daß ein Handelsmann, der seine Zahlungen fortsetzt, wegen eines Protestes oder wegen einer Zahlungsverweigerung für faillit erklärt werden könne. Hierbei ist es aber auch nicht im Mindesten zweifelhaft, daß durch den Protest oder durch jede andere Urkunde, die eine Zahlungsweigerung enthält, der Anfangstermin der Gant bestimmt wird, wofern nur eine Zahlungseinstellung später nachfolgt. Als nun bei den Berathungen der Commission die verschiedenen Veränderungen und Zusätze, welche unser Artikel erfahren hatte, Veranlassung zu einer neuen Redaktion desselben gaben, erhielt er folgende Fassung:

L'ouverture de la faillite est fixée soit par la rétraite du débiteur, soit par la clôture de ses magasins, soit par la date du prémier protêt, soit par la date de tous actes, constatant le refus d'acquitter des engagements de commerce, soit par la déclaration du failli. Tous les actes ci-dessus mentionnés ne constateront néanmoins l'ouverture de la faillite, que lorsqu'ils auront été suivis de la cessation de tous paiemens.

Zu dieser Fassung macht Locré die Bemerkung, daß die Worte ouverture de la faillite im ersten Satz den Anfang der Gant, im zweiten Satz das Vorhandensein der Gant bedeute, mit andern Worten, daß man mit dem zweiten Satz ausdrücken wollte, daß die im ersten Satz angeführten Merkmale noch nicht berechtigten, das Vorhandensein einer Gant anzunehmen, wofern nicht Einstellung aller Zahlungen nachfolgt.

In dem jetzigen Text ist aber im Vergleich mit der obigen Fassung dreierlei geändert: Erstens ist statt lorsqu'ils auront été suivis gesetzt lorsqu'il y aura, ohne daß bei Locré ein Grund für diese Veränderung angegeben ist; man darf daher wohl annehmen, daß durch diese neue Fassung an dem Sinn nichts geändert werden sollte. So wenigstens erklärt Boulay-Paty des Faillites No. 47 jene Stelle:

Toutes les fois que les actes, qui constatent le refus d'acquitter des engagements commerciaux sont accompagnés ou suivis de cessation de paiements, leur date fixe l'épopue de l'ouverture de la faillite.

Die andere Veränderung betrifft die Versetzung der Worte »declaration du failli.« Das Tribunat hatte die Bemerkung gemacht, daß die Ganterklärung wohl das Vorhandensein der Gant, aber keineswegs den Anfang derselben zu erweisen vermöge; der Staatsrath fand dieselbe richtig, worauf die Redaktion geändert wurde. Locré C. c., p. 90, 91.

Endlich wurde ebenfalls auf die Einsprache des Tribunats bei den Worten cessation de tous paiements das Wort »tous« gestrichen, damit man nicht glaube, jede Zahlung stehe der Ganterklärung im Wege.

Nach dieser Erläuterung wird man wohl kaum mehr im Zweifel über den Sinn des fraglichen Artikels sein, über welchen sich auch sehr ausführlich verbreitet Pardessus No. 1104—8 und Broicher u. Grimm ad A. 441.

Dr. Ladenburg.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. No. 15. Mannheim, 12. April 1851.

I.

Von dem Diebstahl.

Seit der am 5. März 1845 erfolgten Verkündung des Strafgesetzbuches sind schon mehrere wissenschaftliche Abhandlungen über einzelne Titel desselben erschienen und zwar

1) von Jagemann in den Beiträgen zur neuen Strafgesetzgebung im Großherzogthum Baden, herausgegeben von Brauer und Jagemann über den Titel I. (von strafbaren Handlungen und den Personen, welche den Straf gesetzen unterworfen sind), Tit. X. (von den Körperverletzungen), Tit. XIX. (von falscher Beschuldigung, Verläumdung und Ehrenkränkung), Tit. XLI. (von der Herabwürdigung der Religion und der Störung des Gottesdienstes), Tit. XLIV. (von der Majestätsbeleidigung und den Beleidigungen gegen die Mitglieder des großherzoglichen Hauses);

2) von Kettenacker in seiner Schrift: „Die Verbrechen des neuen Strafgesetzbuches für das Großherzogthum Baden. Begriff und Thatbestand;" über die Tit. IX bis einschließlich XXV.

Der Titel des Strafgesetzbuches aber, welcher am häufigsten zur Anwendung kommt, nämlich der Tit. XXVI. von dem Diebstahl,*) ist bisher nicht wissentlich bearbeitet worden, daher es wohl nicht überflüssig sein wird, hierüber in diesen Blättern zu sprechen.

§. 1.

Begriff und Thatbestand des Diebstahls.

Wie nach gemeinem deutschen Rechte (Marezoll Criminalrecht S. 461) so auch nach §. 376 unseres Strafgesetzbuches macht sich des Diebstahls derjenige schuldig, der eigenmächtig von einer fremden beweglichen, in der Inhabung eines Andern befindlichen Sache in der Absicht Besitz ergreift, durch deren Zueignung sich oder einem Dritten einen unrechtmäßigen Gewinn zu verschaffen. Schon aus dieser Begriffsbestimmung geht hervor, daß unser Strafgesetzbuch weder ein furtum usus noch ein furtum possessionis oder rei suae kennt; sowohl jenes als dieses, sowohl die widerrechtliche Benutzung fremder Sachen als auch die widerrechtliche Wegnahme eigener Sachen aus dem Besitze des Berechtigten, insbesondere des Nutznießers, Pfandgläubigers oder sonstigen rechtmäßigen Inhabers fällt unter andere Strafbestimmungen, soweit solche überhaupt darauf anwendbar sind, namentlich unter die Strafbestimmungen des Betrugs, der Selbsthülfe oder der Gewaltthätigkeit.

Zum Begriff und Thatbestand des Diebstahls gehören also folgende Merkmale:

1) hinsichtlich des Gegenstandes eine fremde Sache. Es kann daher ein Diebstahl an einer eigenen Sache nicht begangen werden, ein furtum rei suae gibt es nach unserem Strafgesetzbuch nicht. Wer aus Irrthum seine eigene Sache, die er für eine fremde hält, und die ein anderer im Besitze hat, sich zueignet, begeht nur einen Diebstahlsversuch, welcher nach §. 111 des Str.G.B. zu beurtheilen ist, während umgekehrt Jemand, der seine eigene Sache zu nehmen glaubt, aus Irrthum oder Verwechselung jedoch eine fremde ergreift, nicht einmal einen Diebstahlsversuch begeht, indem es hier an der diebischen Absicht fehlt. Eben so macht sich derjenige, welcher sich der eigenen in fremder Inhabung befindlichen Sache unbefugter Weise bemächtiget, nicht des Diebstahls, sondern nach Verschiedenheit der Umstände entweder der unerlaubten Selbsthülfe (§. 279) oder des

*) Bei Ausarbeitung dieser Abhandlung war der Aufsatz in den Annalen dieses Jahrganges No. 11 noch nicht erschienen.

Der Eins.

Betrugs (§. 462—464) schuldig. Dagegen ist es in Beziehung auf den Thatbestand einerlei, ob die ganze Sache eine fremde ist oder ob dem Thäter ein Miteigenthum oder ein Mitrecht an der Sache zusteht, da nach §. 379 auch an einer gemeinschaftlichen Sache ein Diebstahl verübt werden kann, wobei jedoch als Objekt des Diebstahls nur der den übrigen Betheiligten zugehörige Theil in Anschlag kommt. Indessen wird vorausgesetzt, daß sich der Thäter nicht bereits im Besitze der gemeinschaftlichen Sache befunden hat. Befand er sich im Besitze derselben, so ist die eigenmächtige Zueignung nicht als Diebstahl, sondern als Unterschlagung anzusehen. Vrgl. §. 81 des Strafedicts.

2) Die fremde Sache muß eine bewegliche sein. Ob sie aber der Dieb schon im beweglichen Zustande findet oder sie zum Zwecke der Entwendung erst selbst beweglich macht, z. B. eingemauerte Wandspiegel, Fenster, Thüren, Schlösser, eingemauerte Kessel, oder andere Zugehörden einer unbeweglichen Sache durch Lostrennung von derselben, ist gleichgültig, da es hier nicht auf den landrechtlichen Begriff von beweglichen und unbeweglichen Sachen (L.R.S. 517 ff., 527 ff) ankommt, wornach solche Zugehörden einer unbeweglichen Sache ebenfalls für unbeweglich gelten, sondern darauf, daß es sich von Sachen handle, die ihrer Natur nach wirklich beweglich sind, d. h. sich in der That von einem Orte zum andern bringen lassen. (Motive der Regierung.) Es genügt, wenn nur die Sache, unmittelbar vor der diebischen Hinwegnahme und zum Zwecke derselben, von der unbeweglichen, zu der sie bisher als Theil gehörte, losgetrennt und dadurch in eine bewegliche verwandelt worden ist. Deßhalb ist es unzweifelhaft ein Diebstahl, wenn fruchttragende auf cultivirtem Felde gepflanzte Bäume in gewinnsüchtiger Absicht ausgegraben und fortgetragen werden.

Annalen VII., S. 264.

Oberhofg. Jahrb. n. F. VIII, S. 175.

Hievon macht das Forstgesetz in §. 158 ff. insofern eine Ausnahme, als es die Entwendung von Bäumen und andern Forstproducten in Waldungen nicht als Diebstahl, sondern nur als Forstfrevel erklärt. Eine gleiche Ausnahme hat das Strafgesetzbuch in §. 347 ff. für Feld- und Gartenfrüchte statuirt, wovon weiter unten gesprochen wird.

Sehr bestritten war früher die Frage, ob ein Diebstahl an Schuldurkunden begangen werden könne.

Oberhofg. Jahrb. n. F. IV., S. 149, VII., S. 376.

Annalen XI., S. 205, XIII., S. 138.

Diese Frage ist jetzt dahin zu beantworten, daß die Entwendung von Schuldurkunden je nach der Verschiedenheit der Fälle bald als Diebstahl, bald als ein anderes Verbrechen, z. B. als Betrug oder als Selbsthülfe erscheint. Die Entwendung von Schuldurkunden, welche auf den Inhaber (au porteur) lauten, ist beim Dasein der übrigen Merkmale des Thatbestandes unbedingt ein Diebstahl, dagegen wäre die Entwendung einer andern auf den Namen des Gläubigers lautenden Urkunde in der Absicht, sich für diesen auszugeben und auf seinen Namen die Forderung zu erheben, oder die Entwendung einer solchen Urkunde durch den Schuldner selbst, in der Absicht, dem Gläubiger den Beweis seiner Forderung zu entziehen, nicht als Diebstahl, sondern als versuchter oder vollendeter Betrug zu beurtheilen. §. 458, 679 des Str.G.B. (Motive der Rgg.)

Durch die gewinnsüchtige widerrechtliche Zueignung fremder unbeweglicher Gegenstände können wohl andere Verbrechen, z. B. das Verbrechen der Grenzverrückung u. dgl, aber nicht das Verbrechen des Diebstahls begangen werden.

3) Die Sache mußte sich in dem Besitze oder in der Inhabung eines Anderen außer dem Diebe befinden und dieser Andere durch den Diebstahl aus dem Besitze gesetzt sein. Dadurch unterscheidet sich der Diebstahl von der Unterschlagung, zu welcher auch der s. g. Funddiebstahl gerechnet wird. §. 407, 408 des Str.G.B. Ob aber der Besitz ein juristischer oder blos natürlicher ist, ist einerlei, da jede Art der Inhabung einer Sache die widerrechtliche Wegnahme derselben durch einen Dritten, unter Voraussetzung der übrigen Erforderniße des Diebstahls, zu einem Diebstahl macht. Es kann daher nicht nur an dem Eigenthümer, sondern auch an dem Naturalbesitzer einer Sache ein Diebstahl begangen werden, und es kommt nicht darauf an, ob der Besitz ein rechtmäßiger ist oder nicht. Denn unzweifelhaft ist es ein Diebstahl, wenn der Thäter weiß, daß der Besitzer die Sache selbst gestohlen hat. Auch macht es keinen Unterschied, ob sich die Sache im Besitze einer physischen oder moralischen Person, insbesondere der Kirche oder des Staates selbst befindet, da an Sachen der letzteren ein Diebstahl gleichfalls begangen werden kann, was sich aus §. 385, Abs. 1, 2, 4, klar ergibt. Dagegen kann ein Diebstahl nicht begangen werden an herrenlosen von Niemand besessenen Sachen, ebenso nicht an dem

Wilde in seiner natürlichen Freiheit oder an Fischen in wilden Gewässern. Die Zueignung einer gefundenen Sache oder eines Schatzes ist Unterschlagung. §. 407. 408 des Str.-G.B. Die Zueignung von Wild in seiner natürlichen Freiheit oder von Fischen in Bächen, Flüssen oder Seen ist je nach den Umständen Wilderei, Wilddieberei, Jagd- und Fischereifrevel. §. 643 ff. Befinden sich aber das Wild in geschlossenen Gehägen oder die Fische in Teichen oder Behältern, so ist es Diebstahl, wenn sich Jemand derselben ohne Gewalt gegen eine Person bemächtiget. §. 655. 656 des Str.G.B.

4) Als Form der Handlung fordert das Gesetz zum Diebstahl die Besitzergreifung der fremden Sache. Der Dieb muß sich der Sache, wenn das Verbrechen vollendet sein soll, in der Weise bemächtiget haben, daß seine physische Detention der Sache angefangen und die des bisherigen Inhabers aufgehört hat. Wer die Sache schon vor der Zueignung in seinem Besitz oder seiner Gewahrsam hatte, wird durch die widerrechtliche Zueignung derselben nicht des Diebstahls, sondern der Unterschlagung schuldig. §. 400. Dies gilt auch von einem Miterben, Miteigenthümer oder anderen Gemeinschaftsgenossen, der sich widerrechtlich gemeinschaftliche Sachen zueignet, die er in Besitz oder Gewahrsam hat. Er wird dadurch insoweit als Das, was er sich zugeeignet hat, seinen Antheil übersteigt, ebenfalls nicht des Diebstahls, sondern der Unterschlagung schuldig. (Motive der Rgg.) Ob die Besitzergreifung heimlich oder offen geschah, ist nicht nur in Beziehung auf den Thatbestand, sondern selbst in Beziehung auf die Strafbarkeit im Allgemeinen ohne Einfluß, da das Gesetz den alten Unterschied zwischen offenem und heimlichem Diebstahl, furtum manifestum und nec manifestum nicht aufgenommen hat. Da also, wie gesagt, zum Thatbestand des Diebstahls die Besitzergreifung wesentlich gehört, so kann derjenige, welcher eine fremde Sache blos verkauft, ohne sich ihrer vorerst zu bemächtigen, sich dadurch keines Diebstahls, sondern nur etwa eines Betrugs schuldig machen.

Oberhofg. Jahrb. n. F. VIII. S. 380.

Hat aber der Verkäufer einer fremden Sache den Käufer vor oder nach dem Verkaufe durch Auftrag oder sonst absichtlich veranlaßt, sich in den Besitz der Sache zu setzen, so liegt offenbar ein Diebstahl vor, da die Besitzergreifung auch durch einen Dritten geschehen kann.

5) Die Besitzergreifung mußte eine eigenmächtige sein, d. h. sie mußte geschehen ohne eine vorhandene vorhergehende oder gleichzeitige Einwilligung des Berechtigten in die Wegnahme. Ist eine solche Einwilligung erfolgt, so hört dadurch die That auf, Diebstahl zu sein.

Oberhofg. Jahrb. n. F. IX. S. 245 ff.

Dagegen schließt die nachfolgende Einwilligung den Begriff des Diebstahls nicht aus, da dieser schon durch die eigenmächtige Besitzergreifung vollendet wird und durch eine nachfolgende Einwilligung des Eigenthümers eben so wenig ungeschehen gemacht, als in seinem Begriffe und Thatbestande geändert werden kann. Ob die Einwilligung eine ausdrückliche oder stillschweigende, insbesondere ob sie aus dem wissentlichen Geschehenlassen der Besitzergreifung zu folgern ist, ist einerlei, sofern das Stillschweigen nicht aus einem anderen Grunde, namentlich aus der Furcht des Bestohlenen vor dem Diebe, oder aus der Absicht desselben, den Dieb auf der That zu ertappen und zu überführen, erklärt werden kann. Wenn der Inhaber einer Sache nicht der Eigenthümer ist, so wird zwar durch seine Einwilligung in die Wegnahme derselben durch einen Dritten der Begriff des Diebstahls, nicht aber unter allen Umständen auch der Begriff eines anderen Verbrechens ausgeschlossen.

Häberlin, Grundsätze des Criminalrechts IV. S. 5.

So ist kein Diebstahl, aber eine Unterschlagung vorhanden, wenn z. B. Jemand aus den Händen des Faustpfandgläubigers eine Sache erhält in der Absicht, solche sich rechtswidrig zuzueignen; der Faustpfandgläubiger begeht die Unterschlagung und der Andere, der die Sache erhält, ist Miturheber der Unterschlagung. Eben so ist kein Diebstahl vorhanden, wenn der Eigenthümer, nicht aber der Besitzer eingewilliget hat, sondern der Thäter würde sich in diesem Falle der Theilnahme an unerlaubter Selbsthülfe oder an einem Betruge schuldig machen.

6) Zum Thatbestande des Diebstahls ist unbedingt Vorsatz, dolus, erforderlich; derselbe äußert sich in doppelter Weise, einmal nämlich in der Kenntniß der zu entwendenden Sache als einer fremden, darin daß der Thäter weiß, daß die Sache, die er sich zueignet, eine fremde ist, weßhalb auch in einigen Gesetzbüchern ausdrücklich verlangt wird, daß der Dieb wissentlich die fremde Sache in Besitz nehmen müsse, wodurch zugleich die Möglichkeit eines culposen Diebstahls, z. B. in den Fällen, wo Jemand eine Sache an sich nimmt, die er irrthümlich für seine eigene oder für herrenlos gehalten hat, ausgeschlossen ist. Ferner geht der Vorsatz beim

Diebstahl in eine bestimmte Absicht über, welche gerade den Diebstahl charakterisirt und ihn von anderen Verbrechen gegen das Eigenthum, insbesondere von der Beschädigung oder Zerstörung fremden Eigenthums unterscheidet.

Häberlin a. a. O. S. 6 ff.

Der Thäter mußte nämlich die Absicht haben, sich oder einem Anderen durch die Zueignung der Sache einen unrechtmäßigen Gewinn zu verschaffen (diebische Absicht, animus lucri faciendi oder animus rem sibi habendi). Wenn die Absicht des Thäters nicht darauf gerichtet war, sich die Sache selbst, sondern nur darauf, sich den Gebrauch der Sache widerrechtlich zuzueignen, so ist kein Diebstahl vorhanden, weil das Gesetz kein furtum usus kennt; sondern es erscheint dann die Wegnahme lediglich als eine nach dem bürgerlichen Recht zu beurtheilende widerrechtliche Handlung, welche nur bürgerliche Klagen erzeugt, insofern sie nicht im einzelnen Falle in ein bestimmtes anderes Verbrechen übergeht, z. B. in das Verbrechen der Selbsthülfe oder der Gewaltthätigkeit. Gewinn ist hier jede mittelbare oder unmittelbare Erweiterung des Kreises der Vermögensobjecte, die dadurch bewirkt wird, daß der Thäter sich oder einem anderen das Eigenthum der fremden Sache, d. h. die unbeschränkte Verfügungsgewalt darüber zuwendet. Daß diese Absicht im einzelnen Falle auch wirklich erreicht wurde oder erreicht worden sei, ist zum Begriff des vollendeten Diebstahls nicht nothwendig, und ferner ist es gleichgültig, ob der Dieb die Sache sich bleibend zueignen oder sofort darüber wieder in einer Weise verfügen wollte, die nur dem Eigenthümer zusteht, z. B. durch Genuß oder Verbrauch oder durch Verschenkung derselben. Lucrum facit et is, qui sibi de bitorem benificii acquirit. Es ist die Absicht, welche das Gesetz zum Begriff des Diebstahls fordert, selbst dann vorhanden, wenn der Zweck des Handelnden bei der Entwendung darin bestanden hat, mit der entwendeten Sache ein anderes Verbrechen, z. B mit den entwendeten Brennmaterialien oder dem entwendeten Metall das Verbrechen der Brandstiftung oder der Münzfälschung zu begehen, nur vorausgesetzt, daß die entwendete Sache dabei nicht blos gebraucht und dann wieder zurückgestellt, sondern daß sie wirklich verbraucht werden sollte (Motive der Regg.) Der Gewinn muß übrigens ein unrechtmäßiger sein; der Thäter darf nämlich durchaus kein Recht an der Sache haben, da in solchem Falle die Zueignung keine rechtswidrige sein und er durch die eigenmächtige Besitzergreifung der Sache keinen Diebstahl, sondern unter Umständen das Vergehen der unerlaubten Selbsthülfe begehen würde. Dasselbe würde der Fall sein, wenn der Thäter auch nur ein Recht an der Sache zu haben glaubte, da bekanntlich Gegenstand der Selbsthülfe ein wirkliches oder ein vermeintliches Recht sein kann.

7) Unser Strafgesetzbuch beantwortet die bisher von den Lehrern des gemeinen Rechts, so wie von der Praxis oft so verschiedenartig erörterte Frage, wann das Verbrechen des Diebstahls vollendet sei, auf eine sehr bestimmte Art dahin, daß die Vollendung von der Besitzergreifung durch den Dieb abhänge.

Dadurch wird die sogenannte Berührungs- und die sogenannte Forttragungstheorie (Contrektations- und Ablationstheorie) verworfen, indem einerseits mehr als das blose Berühren und Ergreifen der Sache in diebischer Absicht und anderseits weniger als die Fortschaffung und Verbringung derselben in den eigenen Gewahrsam des Diebes zum Thatbestande des vollendeten Verbrechens verlangt wird. Der Diebstahl ist vollendet, sobald der Dieb in der Absicht, sich die Sache eigen zu machen (animo rem sibi habendi), in Bezug auf die Sache den Besitz des Inhabers aufgehoben und die entwendete Sache auf eine Weise in seine Gewalt gebracht hat, daß er als der natürliche Besitzer derselben anzusehen ist. Diese Bestimmung, die auch im gemeinen Rechte nach dem jetzigen Stand der Strafrechtswissenschaft den Vorzug vor anderen Definitionen erlangt hat, und auch in andere neuere Gesetzgebungen übergegangen ist, verdient auch schon deßhalb vorgezogen zu werden, weil sie einen schon civilrechtlich ganz genau ausgebildeten Begriff — den Besitz — als entscheidendes Merkmal aufstellt, rücksichtlich dessen nie die Beantwortung der Rechtsfrage, was im Allgemeinen darunter zu verstehen sei, sondern wohl nur zuweilen die Beantwortung der Thatfrage, wann der Besitz des rechtmäßigen Inhabers der Sache aufgehört und der des Diebes angefangen habe, Schwierigkeiten darbieten kann, deren Beseitigung aber am ersten durch Anwendung der feststehenden civilrechtlichen Bestimmungen über den Begriff des Besitzes sich erwarten läßt (Commissions-Bericht erstattet von Bohm.) Es wird daher zweckmäßig sein, die Frage über die Vollendung noch näher zu erläutern und sofort auf einzelne Fälle anzuwenden. Der Dieb muß die Sache wirklich ergriffen und dadurch vollständig in seine Gewalt gebracht haben. Da

mit dem Ergreifen einer beweglichen Sache stets bis auf einen gewissen Grad ein Wegnehmen derselben, ein Bewegen von ihrer Stelle verbunden ist, so kann man eben so gut sagen: zur Vollendung des Diebstahles gehöre, daß der Dieb die Sache von ihrer Stelle hinweg und an sich genommen habe. Aber auch das blose Ergreifen und Hinwegnehmen der Sache reicht nicht hin. Der Ergreifende muß die Absicht haben, die Sachen, welche er ergriffen hat, sich zuzueignen, sie zu diesem Zwecke mit sich hinwegzunehmen. Aus diesem Grunde ist kein vollendeter Diebstahl vorhanden, wenn Jemand einen mit Kleidern angefüllten Schrank erbricht, aber blos in der Absicht, einige von den Kleidern, die ihm etwa am besten gefallen würden, zu stehlen, zu diesem Zwecke alle Kleider aus dem Schranke herausnimmt, sie auf den Boden des Zimmers wirft, um nun die Auswahl zu treffen und er in diesem Augenblicke ergriffen wird. Denn hier hatte er noch bei keinem der einzelnen Kleidungsstücke die entschiedene Absicht gehabt, es zu behalten, also bei keinem noch den Besitz im eigentlichen Sinne erworben. Es fehlte für die einzelnen Sachen am nöthigsten Zusammentreffen des Subjektiven mit dem Objektiven; die Handlung ist blos beim Versuch geblieben. Hat der Dieb die Sache wirklich ergriffen, in der Absicht, sie sich zuzueignen, so ist der Diebstahl vollendet. Denn dadurch, daß er sie so in seine Gewalt brachte und dem bisherigen Besitzer die Möglichkeit entzog, sein bisheriges unmittelbares Gewaltverhältniß nach Willkür zu reproduciren, hat der Letztere bei beweglichen Sachen den Besitz verloren und der Dieb denselben erworben, und mehr ist zur Vollendung des Diebstahls nicht erforderlich. Was nachher mit der gestohlenen Sache weiter geschieht, ob der Dieb mit ihr ergriffen wird, ob er später seinen Entschluß ändert und die Sachen wieder wegwirft und dgl., dies hat auf die Frage, ob ein vollendeter Diebstahl vorliege, keinen Einfluß. Wenn der Dieb sich noch an der Stelle des verübten Diebstahls befindet, die in das Bereich des Bestohlenen gehört, z. B. im Zimmer, Hause, Garten desselben, er hat aber auf angegebene Weise die Sache weggenommen, und in seine Gewalt gebracht, so ist der Diebstahl vollendet, sollte der Dieb auch an dieser Stelle noch ergriffen werden oder durch Furcht verjagt die Sache an dieser Stelle wieder wegwerfen. Daß der Dieb bereits im Begriffe gewesen sein muß, die Sache wegzutragen, ist zur Vollendung des Diebstahls nicht nöthig. Denn er hat ja schon durch die Ergreifung der Sache dem Bestohlenen den Besitz entzogen und sich den Besitz erworben und was er weiter thut, ist für den bereits vollendeten Diebstahl ohne Interesse. Hat daher der Dieb das Geld bereits in die Tasche gesteckt oder hat er die Sachen, die er stehlen will, in einem mitgebrachten Sack eingefüllt, so ist der Diebstahl vollendet, sollte auch der Dieb in dem Augenblicke mit den Sachen ergriffen werden. Ebenso ist der Diebstahl vollendet, wenn der Dieb die Sachen am Orte des Diebstahles nicht in einen mitgebrachten Sack, sondern in einen Sack des Bestohlenen eingepackt hat. Wenn der Dieb einzelne Sachen, in der Absicht, sie zu behalten, ergreift, wegnimmt und auf die Seite legt, um sie nachher wegzutragen, aber vor dem Wegtragen auch noch andere Sachen ergreifen will, um sie ebenfalls mit wegzutragen, z. B. aus einem Kleiderschranke, dessen ganzen Inhalt er stehlen will, bereits einige Kleidungsstücke herausgenommen, und zum Wegtragen hingerichtet hat, und er nun, während er die übrigen im Schranke befindlichen Kleider ergreifen und dazu legen will, überrascht wird — so liegt in Beziehung auf die weggenommenen und bei Seite gelegten Sachen ein vollendeter Diebstahl vor. Ebenso, wenn er sie bereits zusammengebunden hat, um sie nachher wegzutragen, er sie aber, sei es, daß er überrascht wurde, oder aus irgend einem anderen Grunde wieder liegen läßt. Das gleiche ist der Fall, wenn der Dieb im Hause des Bestohlenen eine Sache, um sie zu stehlen, ergriffen hat und in einem Winkel des Hauses versteckt, um sie zu einer geschickteren Zeit sich zu holen. Nicht minder ist der Diebstahl vollendet, wenn Jemand das Gras einer Wiese oder die Frucht des Feldes stehlen will, bereits einen Theil des Grases weggemäht oder die Frucht geschnitten und zum Wegtragen auf dem Felde hingelegt hat und er nun ergriffen oder durch irgend etwas bestimmt wird, das Hingelegte im Stiche zu lassen. Auch hier hat der Dieb von dem, was er abgemäht und auf die Seite gelegt hat, um es allmälig wegzutragen, schon Besitz ergriffen und hieran mithin einen vollendeten Diebstahl begangen. Aber die Kuh wird nicht schon dann als gestohlen zu betrachten sein, wenn der Dieb sie blos von der Krippe losgebunden hat, sondern erst dann, wenn er im Begriffe stand, sie herumgedreht von der Krippe zum Stalle hinaus zu treiben, weil eine **res sese movens**, die überdies zu groß und zu schwer ist, um weggetragen zu werden, sich doch erst dann

in der Gewalt des Diebes zu befinden scheint, wenn sie sich nach dem Willen des Diebes von der Stelle bewegt, um ihm zu folgen, oder wenn der Dieb die Hindernisse, die Kuh in seine Gewalt zu bekommen, beseitiget hat, wenn er z. B. nachdem er durch eine kleine Oeffnung in den Stall eingestiegen ist und die Kuh losgebunden hat, auch die Stallthüre, durch welche er die Kuh führen muß, zu öffnen vermocht hat.

Vergl. Archiv des Criminalrechts 1840, Heft II., S. 159 ff. (Wächter).

Hufnagel Commentar des würtembergischen Strafgesetzbuches II., S. 305 ff.

Hat es der Dieb nur bis zum Losbinden der Kuh gebracht und wird er hierbei ergriffen, so ist nach §. 107 des Str.G.B. die That als beendigter Versuch des Diebstahls zu betrachten, ebenso in dem Falle, wenn der Dieb, welcher in eine Wohnung eingestiegen ist oder eingebrochen hat, gerade ergriffen wird, als er eine Geldrolle angefaßt hatte, um solche zu sich zu stecken. Ist der Dieb nur bis zum Oeffnen des Stalles oder zum Einsteigen oder Einbruch gekommen, jedoch an der weiteren Ausführung verhindert worden, so erscheint die That als bloser Versuch (nicht beendigter Versuch). §. 106 des Str.G.B. Und haben die Diebe in der Nähe des Stalles aufgelauert, um, wenn der Stallknecht sich aus demselben entfernt, die Kuh zu stehlen, ihre Absicht wurde aber vereitelt, weil sie bemerkt wurden, so wird eine blose Vorbereitungshandlung anzunehmen sein. §. 138 des Str.G.B.

§. 2.

Berechnung des Werths der gestohlenen Sachen.

Bei der Bestimmung des Betrages des Diebstahls und der darnach sich richtenden Klasse des einzelnen Falles kommt es zuvörderst nicht auf die Größe des Vortheils an, welchen der Dieb beabsichtigt oder erlangt hat, auch nicht auf die Größe des Nachtheils, welchen die Entbehrung der Sache dem Bestohlenen nebenher und unter Mitwirkung anderer Umstände verursacht, noch auch auf den besonderen Werth (pretium affectionis), den die Sache für die Bestohlenen haben mochte, sondern einzig und allein auf den wahren gemeinen Werth, (pretium verum), welchen sie zur Zeit der Entwendung gehabt hat. §. 378 des Str.G.B. (Motive der Regierung.) Dieser gemeine Werth ist nun aber der Marktwerth, der Werth, welchen die Sache im Verkehr zur Zeit der Entwendung gehabt hat, der Werth, für welchen sie zur Zeit der Entwendung in ihrer damaligen Beschaffenheit hätte gekauft werden können; daher entscheidet bei verarbeiteten Sachen, im Gegensatze von Rohprodukten bei Gegenständen der Industrie und Manufactur nicht der Werth des zu einem bestimmten Gegenstande verarbeiteten Stoffes, sondern derjenige Werth, welchen die Sache durch die Verarbeitung erhalten hat; so z. B kann bei Gold- und Silbersachen nicht der Gold- und Silberwerth als entscheidend angenommen, sondern es muß auch die Façon in Anschlag gebracht und der Werth zu Grunde gelegt werden, welchen die Sache in ihrer damaligen Gestalt, die Uhr, der Löffel als solche und nicht als altes Gold oder Silber, gehabt haben. Wenn daher die entwendete Sache wegen besonderer Verhältnisse nur für den Bestohlenen einen Werth, oder einen höheren Werth hat, als ihr im gewöhnlichen Verkehre beigelegt wird, so kommt ein solcher Werth zwar in Beziehung auf den zu leistenden Schadensersatz in Betracht, nicht aber in Beziehung auf die Strafe, soweit diese von dem Betrage des Diebstahls abhängt; nur wenn der Dieb Kenntniß von diesen Verhältnissen hatte, so liegt darin ein Straferhöhungsgrund. Die angedeuteten Verhältnisse können verschiedener Art sein: entweder kann eine Sache als Theil eines Ganzen, oder als Stück aus einer Sammlung, welche durch die Entwendung unvollständig geworden ist und an Werth verloren hat, oder aber als Andenken und dergleichen einen höhern Werth für den Bestohlenen haben, welcher letztere Fall das eigentliche pertium affectionis enthält. Kennt der Dieb diesen besonderen Werth der Sache für den Bestohlenen, dann spricht sich in der Entwendung derselben eine besondere Bösartigkeit des Diebes aus und kann mit Recht hierin ein besonderer Straferhöhungsgrund (§. 150, 151 des Str.G.B.) gefunden werden.

Häberlin a. a. O. S. 12, 13.

Aus dem oben (§ 1) entwickelten Begriffe und Thatbestande des Diebstahls folgt die Vorschrift, daß, wenn der Diebstahl von einem Miteigenthümer oder Gemeinschaftsgenossen an gemeinschaftlichen Sachen, oder von einem Miterbberechtigten an der noch ungetheilten Erbschaft begangen wird, bei Bestimmung des Betrags des Diebstahls nur der den übrigen Betheiligten zugehörige Theil in Anschlag kommt. §. 379 des Str.G.B.

Das Strafgesetzbuch hat nicht wie der §. 78 des

Strafedicts eine besondere Bestimmung darüber, daß da, wo mehrere als Urheber den Diebstahl verübt haben, bei Ermessung der Strafe für jeden Theilnehmer der volle Ertrag des Diebstahls zu Grunde zu legen sei, aufgenommen, weil dies schon in allen Fällen, die hier gemeint sein können, wo nämlich der Diebstahl in Folge einer verbrecherischen Verbindung verübt worden ist, aus dem allgemeinen Satz des §. 125 des Str.G.B. folgt; und weil da, wo keine Verabredung vorliegt, und wo mehrere Diebe nur zufällig an einem Orte zusammentreffen, und jeder für sich, ohne Mitwirkung des Anderen, den von ihm einzeln beabsichtigten Diebstahl ausführt, nicht ein gemeinschaftlich ausgeführter Diebstahl, sondern mehrere einzeln ausgeführte Diebstähle vorliegen, deren jeder einzeln für sich zu beurtheilen ist. (Commissionsbericht erstattet von Bohm.) Wenn also z. B. fünf Diebe im Complott einen Diebstahl im Betrage von 25 fl. verübt haben, so wird bei der Strafausmessung für die Miturheber nicht der Antheil eines jeden einzelnen derselben von 5 fl., sondern der Gesammtwerth zu Grunde gelegt und es so angesehen, als ob jeder 25 fl. gestohlen oder ob überhaupt nur einer diesen Diebstahl begangen hätte. In Beziehung auf den Werth des Entwendeten oder die Größe des Diebstahls ist es aber ganz einerlei, ob der Diebstahl von Einem oder von mehreren Theilnehmern verübt worden ist, da auch in dem letzteren Falle nach den Grundsätzen über Complott (§. 125, 126 des Str.G.B.) die That nur als eine That, als ein Diebstahl erscheint und nicht als so viele einzelne Diebstähle, als es Theilnehmer waren; auch der Verlust des Bestohlenen bleibt derselbe, gleichviel, ob der Diebstahl von Einem oder von Mehreren verübt worden ist; kurz soweit der Werth des Entwendeten allein die Strafe bestimmt, kommt auf das Subjekt der That gar nichts an, und es ist gleichgültig, wer und wieviel Personen die That begangen haben. Nur der Familien- und Hausdiebstahl macht hievon eine Ausnahme, wovon weiter unten gesprochen wird.

Bei der Werthbestimmung des Diebstahls entstehen noch mehrere andere Fragen, welche theils nach der Natur der Sache und nach allgemeinen Regeln theils mit Hülfe der Motive und Kammerverhandlungen beantwortet werden müssen, da sich in dem Strafgesetzbuch keine speciellen Vorschriften darüber finden. Zunächst kann hier die eigentlich mehr prozessualische Frage kurz berührt werden: wie wird der Werth festgestellt? Wenn die Sache noch in unverändertem Zustande vorhanden ist, so wird sie durch verpflichtete Sachverständige (Taxatoren) abgeschätzt, wenn sie dagegen nicht mehr vorhanden ist, so genügt, wenn sie in Geld oder Sachen besteht, deren Werth der Schuldige beurtheilen kann, in Ermangelung anderer Beweise, das Geständniß des Diebes oder die eidliche Schätzung des Bestohlenen, wenn dieser überhaupt glaubwürdig erscheint; wenn Beide miteinander im Widerspruch stehen, verdient im Allgemeinen die Angabe des Letzteren, unter der vorstehenden Voraussetzung, den Vorzug, wenn nicht etwa die Sache von der Art ist, daß nach dem Beweise über ihre Beschaffenheit wenigstens eine annähernde Schätzung durch Sachverständige möglich wird.

Eine andere Frage ist die, welchen Einfluß hat der Irrthum des Diebes über den Werth der gestohlenen Sache und die Absicht desselben in Beziehung auf den Werth der zu entwendenden Sache auf die Werthsbestimmung und folgeweise auf die Strafbarkeit. Es lassen sich hier folgende Fälle unterscheiden: entweder hielt der Dieb die Sache für werthvoller, als sie wirklich ist, oder für weniger werth, hatte aber die Absicht, die Sache auf jeden Fall zu stehlen, dann kommt auf seinen Irrthum nichts an, sondern es wird der Betrag des Diebstahls nach dem wahren Werthe der Sache bestimmt, sollte er auch dieselbe weit unter ihrem Werthe, z. B. ein silbernes Gefäß als ein zinnernes verkauft haben, denn die Absicht des Diebes war ja hier auf die Sache gerichtet, unbekümmert um den Werth derselben. Wichtiger ist die folgende Alternative: entweder hatte der Dieb die Absicht mehr, oder die Absicht weniger zu stehlen, als er gestohlen hat; in welcher Weise findet hier die Zurechnung statt? Sollte er seine Absicht, weniger zu stehlen, bestimmt beweisen können, insbesondere daß er, wenn er den höheren Werth der Sache gekannt, sie auf keine Weise gestohlen haben würde, denn allerdings kann bei der Werthsbestimmung nur der von ihm zu stehlen beabsichtigte Werth zu Grunde gelegt und das Mehr, da es keinen culposen Diebstahl gibt, ihm nicht weiter angerechnet werden.

Gesteht dagegen der Dieb, daß er die Absicht gehabt habe, weit mehr zu stehlen, als er wirklich entwendet hat, und sind die gesetzlichen Erfordernisse eines vollgültigen Geständnisses vorhanden, so wird seine That bei der Zurechnung und Strafausmessung getheilt in einen vollendeten und einen versuchten Diebstahl; jener wird nach dem Werthe des wirklich Entwendeten beurtheilt, bei diesem wird dagegen die Absicht des Diebes, soweit

dieselbe auf Mehr ging, als er gestohlen hat, zu Grunde gelegt.

Häberlin a. a. O. S. 14 ff.

Es ist daher nicht ganz richtig, wenn in den Motiven der Regierung zu §. 338 u. 339 des Entwurfs gesagt wird: „Wenn der Dieb eine Rolle falscher Münzen entwendet, die er für ächt hielt, und welche einen Nennwerth von 320 fl., dagegen einen Metallwerth von nur 20 fl. haben, so gehört darnach die Entwendung zum ersten (niedersten) und nicht zur dritten (höchsten) Klasse der Diebstähle." Allerdings ist nur hinsichtlich des Betrages von 20 fl. ein vollendeter Diebstahl der niedersten Klasse vorhanden, aber in Ansehung der weiteren Summe erscheint die That als der Versuch eines Diebstahls der zweiten Klasse, welcher nach §. 111 und 181 des Str.G.B. zu beurtheilen ist.*) Hat der Dieb nicht gestanden, wieviel er entwenden wollte und ergibt sich dieses nicht aus den Umständen des einzelnen Falles, so ist anzunehmen, daß die Absicht des Thäters auf die niedrigste Klasse der Beschädigung gerichtet gewesen sei. § 113 des Str.G.B.

Bei Verübung des Diebstahls können neben demjenigen Schaden, welcher dem Bestohlenen dadurch erwächst, daß ihm der Besitz einer Sache entzogen wird, noch andere Vermögensbeschädigungen vorkommen, indem der Dieb

1) an dem Orte, wo er den Diebstahl verübt, zugleich eine von der eigentlichen Diebshandlung ganz unabhängige, mit ihr in keinem unmittelbaren Zusammenhange stehende weitere Vermögensbeschädigung vornimmt, z. B. zuerst das Haus in Brand steckt und dann während des Austragens stiehlt, oder eine Uhr entwendet und dann aus Bosheit oder Muthwillen oder durch eine ihm zur Fahrlässigkeit zuzurechnende Handlung die auf einem Nebentisch stehenden Vasen zertrümmert, oder indem er

2) durch die That der Entwendung selbst oder zum Zwecke ihrer Ausführung jene weitere Beschädigung bewirkt, z. B. wenn er eine verschlossene kostbare Kassette zertrümmert und die darin befindlichen Gegenstände, etwa Goldstücke, deren Entwendung sein Zweck war, sich zueignet.

Für den Fall in No. 1 besteht keine besondere Vorschrift, daher die allgemeinen Regeln über die reale Concurrenz von Verbrechen in §. 170 bis 179 des Str.G.B. zur Anwendung kommen müssen, also beide Verbrechen, der Diebstahl und die Beschädigung (vorausgesetzt, daß diese selbst eine im Gesetz mit Strafe bedrohte ist) hiernach zu bestrafen sind.

Dagegen hat das Strafgesetz in §. 380 für die zweite Kategorie (No. 2) eine Bestimmung dahin getroffen, daß

a) in dem Falle, wo der Dieb durch die That die Entwendung oder zum Zwecke ihrer Ausführung noch eine andere Vermögensbeschädigung mit Vorsatz bewirkt, auch der Betrag dieser Beschädigung bei Bestimmung des Betrags des Diebstahls (§. 378) und somit bei der Klassifikation desselben (§. 377) mit in Rechnung zu bringen, also z. B. in dem Falle, wo der Dieb von einem Marmorbild ein Stück Marmor im Werthe von 2 fl. abschlägt und entwendet und damit zugleich den Werth des Bildes um weitere 500 fl. vermindert, diejenige Strafe eintreten zu lassen ist, welche das Gesetz auf einen Diebstahl von 502 fl. gedroht hat; hingegen

b) die bei Verübung des Diebstahls, dem Dieb nur zur Fahrlässigkeit zuzurechnende andere Vermögensbeschädigung gleich einer Beschädigung aus Muthwillen (§. 575) zu bestrafen ist, jedoch unter Anwendung der allgemeinen Grundsätze über reale Concurrenz. (§. 170 bis 179.) (Commissionsbericht erstattet von Bohm.)

(Fortsetzung folgt.)

*) Unmöglich kann eine und dieselbe That theils als Versuch, theils als vollendetes Verbrechen zugleich bestraft werden. D. R.

Neueste Werke der französischen Jurisprudenz.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. No. 16. Mannheim, 19. April 1851.

I.

Von dem Diebstahl.

(Fortsetzung.)

§. 3.

Arten des Diebstahls.

Einleitung.

Wie das Strafedikt in §. 73 und 74 so scheidet auch das Strafgesetzbuch den Diebstahl in Bezug auf die mindere und höhere Strafbarkeit in zwei Hauptarten:

a) den gemeinen (§. 377) und

b) den gefährlichen Diebstahl (§. 381).

Dagegen hat das Strafgesetzbuch den Unterschied des Strafedikts (§. 73, 75, 76) zwischen geringem und großem Diebstahl nicht ausdrücklich recipirt, wohl aber das dieser Eintheilung zu Grunde liegende Princip, die Ermessung der Strafe nach dem Werthe des Entwendeten. Der Werth des Entwendeten ist nämlich in der Weise zu einem Strafabstufungsgrunde gemacht worden, daß nach der Größe desselben verschiedene Stufen des Diebstahls und für dieselben verschiedene Strafen angeordnet werden. Solchen Klassificationen wurde zwar schon öfters der Vorwurf gemacht, daß die Strafgröße durch ein Moment bestimmt werde, dessen Dasein meistens nur vom reinen Zufall abhänge, weil selten die Willensbestimmung des Diebes gerade auf die entwendete bestimmte Summe oder Sache von bestimmtem Werthe gerichtet sein würde. Diesem Einwurf, der übrigens wohl in den wenigsten Fällen Platz greifen kann, weil in der Regel der wirklich eingetretene Erfolg dem Dieb zum unbestimmten Vorsatze zuzurechnen sein wird, sucht das Gesetz dadurch zu begegnen, daß es bei seiner Klasseneintheilung nur vorzugsweise, und nicht ganz allein, auf die Größe des durch den Diebstahl verursachten Schadens sieht, indem es mit Recht den so oft getadelten Mißstand unseres früher geltenden Gesetzes vermeidet, welches die Strafe des gemeinen Diebstahls ganz allein nur nach dem Werthe der jeweils entwendeten Sache berechnete. Es enthält nämlich durch den jeder einzelnen Klasse gegebenen Umfang, sowohl in Bezug auf den Diebstahlsbetrag, als auch in Bezug auf das Strafmaß der Richter einen so großen Spielraum beim finden der Strafgröße, daß er neben dem größern oder geringeren Werth der entwendeten Sache, auch noch alle andere Umstände, unter welchen das Verbrechen verübt wurde (§. 149 bis 152), also namentlich auch die größere oder geringere Stärke des widerrechtlichen Willens in ziemlich ausgedehntem Maße zu berücksichtigen und so z. B. selbst einen Diebstahl der höheren Klasse, wobei eine mindere Bösartigkeit des Willens des Thäters vorhanden war, noch geringer bestrafen kann, als einen mit größerer Bösartigkeit des Willens verübten Diebstahl der niederen Klasse. (Commissionsbericht, erstattet von Bohm.)

Von dem gemeinen Diebstahl wird noch der kleine unterschieden, welcher der polizeilichen Ahndung überwiesen ist. §. 477 des Str.G.B.

Sodann gibt es noch Diebstähle unter erschwerenden Umständen, welche sowohl bei gemeinen als bei gefährlichen Diebstählen vorkommen können. §. 385 bis 387. Solche Diebstähle unter erschwerenden Umständen wurden früher ausgezeichnete oder qualificirte Diebstähle genannt, mit welchem Namen man sie auch jetzt noch bezeichnen kann.

Endlich werden von dem Strafgesetzbuch noch einzelne Diebstähle hervorgehoben, die als priviligirte bezeichnet werden können. §. 388 ff. des Str.G.B.

§. 4.

a) Gemeiner Diebstahl.

Der gemeine Diebstahl ist ein solcher, bei welchem der Dieb sich nur als gefährlich für die Sicherheit des Eigenthums darstellt, bei welchem kein gesetzlich vorbehaltener Gewaltsgrad vorhanden ist. Dagegen können

blose Erschwerungsgründe bei dem gemeinen Diebstahl vorkommen. Nur bei dem polizeilich zu bestrafenden Diebstahl dürfen auch solche nicht vorhanden sein. Der polizeilichen Aburtheilung sind aber unterworfen die ersten und zweiten gemeinen, nicht unter erschwerenden Umständen (§. 385) verübten Entwendungen, wenn der Werth des Gegenstandes einen Gulden nicht übersteigt, insofern nicht schon eine gerichtliche Bestrafung wegen Diebstahls vorausgegangen ist. §. 487 des Str.G.B. Der Diebstahl ist also ein gerichtlich zu bestrafender, wenn er mehr als einen Gulden beträgt, oder, wenn er zwar nur einen Gulden und darunter beträgt, aber eine der in §. 381 erwähnten Gefährlichkeiten oder einer der in §. 385 aufgeführten Erschwerungsgründe vorhanden ist, oder wenn der Diebstahl zwar an sich ein nur polizeilich abzuwandelnder Diebstahl wäre, der Dieb aber schon zweimal polizeilich wegen Entwendung bestraft worden oder schon eine gerichtliche Bestrafung wegen Diebstahles vorausgegangen ist. Der §. 477 spricht zwar auch von einer gerichtlichen Bestrafung wegen Unterschlagung oder Betrugs. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, daß ferner dann ein gerichtlich zu bestrafender Diebstahl vorhanden ist, wenn die Entwendung den Werth von einem Gulden nicht übersteigt, aber schon eine gerichtliche Bestrafung wegen Unterschlagung oder Betrugs vorausgegangen ist. Denn der §. 477 handelt auch von der Unterschlagung und dem Betrug, es will daher diese Gesetzesstelle offenbar nichts anderes sagen, als daß wie die erste und zweite Entwendung der angegebenen Art so auch die erste und zweite, nicht unter erschwerenden Umständständen verübte Unterschlagung und eben so das erste und zweite Vergehen des Betrugs, wenn der Werth des Gegenstandes einen Gulden nicht übersteigt, nur als Polizeifrevel zu bestrafen ist, insofern nicht schon eine gerichtliche Bestrafung wegen Unterschlagung beziehungsweise Betrugs vorausgegangen ist. Die gerichtliche Bestrafung wegen Unterschlagung oder Betrugs hat also nur wieder auf das Vergehen der Unterschlagung beziehungsweise des Betrugs, nicht aber auf das Verbrechen des Diebstahls der Art Einfluß, daß eine an sich nur polizeilich zu bestrafende Entwendung dadurch zu einem gerichtlich strafbaren Diebstahl wird, daß der Dieb schon früher wegen Unterschlagung oder Betrugs gerichtlich bestraft wurde. Zwar sind in §. 183 des Str.G.B. der Diebstahl, der Betrug und die Unterschlagung als gleichartige Verbrechen aufgeführt. Allein diese Vorschrift bezieht sich nur auf die Rückfälle, kann daher nicht weiter ausgedehnt werden, sie setzt auch jedenfalls voraus, daß das neue Verbrechen ein gerichtlich strafbares ist. Auch geht schon aus einer Vergleichung der Wortfassung des §. 183 mit §. 477 hervor, daß diese beiden Paragraphen nicht mit einander in Verbindung gebracht werden dürfen. Denn der §. 183, Abs. 1 spricht auch noch von anderen Verbrechen als von Diebstahl, Unterschlagung und Betrug, während der §. 477 nur von eben diesen handelt. Sodann sind in §. 185 die verschiedenen unter jeder einzelnen Zahl zusammengestellten Verbrechen durch das Wörtchen „und" verbunden, dagegen in §. 477 durch das Wörtchen „oder" getrennt. Uebrigens ist auch dann ein Polizeifrevel vorhanden, wenn die Gegenstände mehrerer zusammentreffender Entwendungen der oben bezeichneten Art zusammengenommen den Betrag von einem Gulden nicht übersteigen. §. 477, Abs. 2 des Str.G.B. Außerdem bestimmt das Forstgesetz in §. 158 ff., daß die Entwendung von stehendem Holz oder anderen Waldprodukten als Forstfrevel zu bestrafen ist. Und es setzt der Art. 10 des Gesetzes vom 6. März 1845 (Rggsbl. No. 6) sogar fest, daß auch bei Entwendungen von verarbeitetem, zugerichtetem oder zum Transporte zubereitetem Holze, an gesammelten oder gewonnenen Forstenprodukten, wenn dieses Verarbeiten, Zurichten, Sammeln oder Gewinnen nicht vom Frevler selbst oder dessen Mitschuldigen herrührt, wenn der Werth des Entwendeten nicht die Summe von einem Gulden übersteigt, das Forstgericht nach den Umständen berechtiget ist, die That als einfachen Forstfrevel zu bestrafen.

Bei dem gemeinen Diebstahl ist, wenn auch nicht das einzige, doch das hauptsächlichste Moment der Strafbarkeit der durch Vorsicht leichter abwendbare Eingriff in das fremde Eigenthum, bei dem gefährlichen dagegen die größere, mit dem Eingriff in das Eigenthum verbundene, den Menschen selbst Gefahr drohende Vermessenheit des Diebes, vor welcher das Gesetz um so kräftiger schützen muß, als sich der Privatmann selbst vor ihren Folgen mit aller Vorsicht nicht gehörig schützen kann. Offenbar wird also der öffentliche Rechtszustand durch den gefährlichen Diebstahl mehr als durch den gemeinen gestört und daher derselbe auch mit allem Recht höher bestraft, als dieser. Das Strafgesetzbuch, von dieser Ansicht ausgehend, legt deßhalb in §. 377 der Strafvorschriften über den gemeinen Diebstahl vorzugsweise die Größe der durch denselben verursachten Eigenthums-

beschädigung zu Grunde und theilt sonach den gemeinen Diebstahl, mit Rücksicht auf die Größe des Diebstahlsbetrags in drei Klassen ein. (Commissionsbericht, erstattet von Bohm.)

In die erste Klasse gehört der Diebstahl bis zu 25 fl. einschließlich, wovon jedoch das Gesetz noch als Polizeifrevel den ersten und zweiten gemeinen, nicht unter erschwerenden Umständen verübten Diebstahl, dessen Werth einen Gulden nicht übersteigt, scheidet. In die zweite Klasse gehört der Diebstahl von mehr als 25 fl. bis zu 300 fl. Und in die dritte Klasse gehört der Diebstahl von mehr als 300 fl. Ein Diebstahl erster Klasse wird von Gefängniß bis zu 4 Monaten, ein Diebstahl zweiter Klasse von Gefängniß nicht unter 4 Wochen oder Arbeitshaus von 6 Monaten bis zu 2 Jahren und ein Diebstahl dritter Klasse von Zuchthaus von 1 Jahre bis zu 6 Jahren, in leichteren Fällen von Arbeitshaus bis zu 2 Jahren getroffen. §. 377 vergl. mit §. 35 des Str.G.B. In den Fällen, in welchen der Dieb von Gefängniß- oder von Arbeitshausstrafe unter 3 Jahren getroffen wird, ist darauf immer in Verbindung mit einer oder mehreren gesetzlich zulässigen Schärfungen zu erkennen. §. 480 vergl. mit §. 54 ff. Und gegen den Dieb, der zu Arbeitshaus oder auch blos zu Kreisgefängniß verurtheilt wird, kann unter den Voraussetzungen des §. 53 des Str.G.B. zugleich auf Stellung unter polizeiliche Aufsicht erkannt werden. §. 481.

Wie nach §. 74 der Erläuterungen zum Strafedikt, so wird auch nach §. 478 des Str.G.B. bei Ausmessung der Strafe nicht nur, wenn mehrere gleichzeitig verübte, sondern auch wenn mehrere nacheinander begangene (durch kein bereits verkündetes Urtheil getrennte und abgeschlossene) gemeine Entwendungen unter sich zusammentreffen, z. B. wenn der Dieb zuerst eine Uhr von 25 fl. und später Geld im Betrag von 300 fl. stiehlt, den Betrag aller einzelnen Diebstähle zusammengerechnet, wobei zwar die Fortsetzungen und deren Zahl als Gründe erhöhter Strafbarkeit in Betracht kommen, jedoch das höchste Maß der auf den Diebstahl gesetzten Strafe niemals überschritten werden darf. §. 180, 181 des Str.G.B.

§. 5.

b) Gefährlicher Diebstahl.

Wie schon oben (§. 4) erwähnt, so ist bei dem gefährlichen Diebstahl nicht wie bei dem gemeinen Diebstahl die Gefahr für das Eigenthum, sondern die Gefahr für Gesundheit und Leben des Menschen das Hauptmoment der Strafbarkeit. Und es theilt das Strafgesetz in §. 381 nach dem Vorbild der Carolina in Art. 159 und des Strafediktes in §. 74 den gefährlichen Diebstahl in drei Klassen: die erste umfaßt den Diebstahl mit Waffen oder anderen Werkzeugen, mit welchen ihrer Beschaffenheit nach lebensgefährliche Verletzungen leicht zugefügt werden; die zweite Klasse umfaßt den Diebstahl mit Einbruch und die dritte den Diebstahl mit Einsteigen.

Ein gefährlicher Diebstahl wird also verübt

1) wenn der Dieb bei der Ausführung des Diebstahls Waffen oder andere Werkzeuge, mit welchen ihrer Beschaffenheit nach lebensgefährliche Verletzungen leicht zugefügt werden können, bei sich führt oder am Orte der That, vor oder während der Verübung zu sich nimmt, insofern sich nicht aus den Umständen des einzelnen Falles als glaubhaft ergibt, daß er sich derselben zum Angriffe oder zur Vertheidigung bei der Ausführung des Diebstahls nicht habe bedienen wollen.

Das erste und wesentliche Erforderniß eines bewaffneten Diebstahls ist also die Bewaffnung des Diebes mit Waffen oder anderen Werkzeugen der bezeichneten Art beim Akt der Entwendung. Was unter Waffen oder anderen derartigen Werkzeugen zu verstehen ist, hat das Gesetz nicht näher angegeben, weil bei der großen hier möglichen Verschiedenheit der zum Angriffe und zur Vertheidigung geeigneten Waffen und Werkzeugen eine nähere Bezeichnung derselben nicht wohl möglich ist, ohne daß man Gefahr läuft, daß der Richter einzelne Fälle, die nach der Absicht des Gesetzgebers hierher gehören, für ausgeschlossen und wieder andere, die der Gesetzgeber auszuschließen beabsichtigt hat, für hierhergezogen erachtet, während ihn, wenn keine specielle beschränkende Bezeichnung aufgenommen ist, sein vernünftiges Ermessen richtig leiten wird. (Commissionsbericht, erstattet von Bohm.) Indessen ist es doch der Mühe werth, zu untersuchen, was unter Waffen oder anderen Werkzeugen, womit ein bewaffneter Diebstahl verübt werden kann, zu verstehen ist. Schon früher wurde hierüber gestritten, jedoch allgemein angenommen, daß ein gefährlicher bewaffneter Diebstahl nur vorhanden sei bei wirklichen Waffen, d. h. bei Instrumenten, welche zum Angriffe und zur Vertheidigung bestimmt sind, nicht aber bei anderen Instrumenten, deren der Dieb bedarf, um den Diebstahl begehen zu können; z. B. bei einem Zaunpfahl, den der Dieb nöthig gehabt,

um eiserne Stangen aus dem Gesimse herauszuzwängen.

Oberhofger. Jahrb. von 18⁵¹/₅₂, S. 189.

Diese Ansicht hat aber ihren Grund darin, daß der §. 74 des Strafedicts nur von Waffen spricht, und der §. 71 daselbst die Waffen als solche Instrumente bezeichnet, welche zum Angriff und zur Vertheidigung gefertigt sind und hievon andere Instrumente unterscheidet. Nun aber thut der §. 381, Abs. 1 des Str.G.B. nicht blos von Waffen, sondern auch von anderen Werkzeugen Erwähnung, mit welchen ihrer Beschaffenheit nach lebensgefährliche Verletzungen leicht zugefügt werden können. In ähnlicher Weise drückt sich der §. 227, 232, Abs. 4 aus, woselbst von Waffen, Messern und anderen lebensgefährlichen Werkzeugen gesprochen wird. Es ist daher der Begriff und Thatbestand des bewaffneten Diebstahls durch das Strafgesetzbuch weiter ausgedehnt und es dienen hiernach zu dem bewaffneten Diebstahl nicht nur alle Gattungen eigentlicher Gewehre und Waffen, sondern auch alle anderen Werkzeuge, Maschinen oder Geräthschaften, mit welchen man schießen, stechen, schneiden, hauen oder zerquetschen kann. Welches Werkzeug übrigens als lebensgefährlich oder als ein solches zu betrachten sei, mit welchem seiner Beschaffenheit nach lebensgefährliche Verletzungen leicht zugefügt werden können, ist lediglich eine questio facti. Es wird daher nicht unbedingt jedes Messer, z. B. ein kleines Taschenmesser als ein solches Werkzeug anzusehen sein, wohl aber ein sogenanntes Dolchmesser, ebenso eine Schusterkneipe. Auch ein Zaunpfahl (der in §. 71 des Strafedicts beispielsweise als ein Instrument aufgeführt ist, von welchem der Thäter voraussetzen kann und soll, daß bei einem unüberlegten Gebrauche desselben leicht ein Todschlag daraus entstehen kann) wird jetzt als ein lebensgefährliches Werkzeug zu betrachten sein. Dagegen wird man nicht, wie dies Schierschmid de furto qualificato gethan hat, böse Hunde, welche der Dieb auf seine Gegner hetzen und auf diese Weise lebensgefährlich verletzen kann, zu den Waffen oder lebensgefährlichen Werkzeugen rechnen können *).

Das Gesetz sagt übrigens, wenn der Dieb bei der Ausführung des Diebstahls Waffen oder andere Werkzeuge, mit welchen ihrer Beschaffenheit nach lebensgefährliche Verletzungen leicht zugefügt werden können, bei sich führt, oder am Orte der That, vor oder während deren Verübung zu sich genommen hat, die Absicht, sie zum Angriffe oder zur Vertheidigung zu gebrauchen, in der Regel voraus und schließt nur in dem Falle die Annahme eines gefährlichen Diebstahls aus, wenn sich aus den Umständen des einzelnen Falles als glaubhaft ergiebt, daß der Dieb sich derselben zum Angriffe oder zur Vertheidigung bei der Ausführung des Diebstahls nicht habe bedienen wollen. Durch diese gesetzliche Bestimmung ist schon auf das zweite Erforderniß des Thatbestandes des bewaffneten Diebstahls hingedeutet, nämlich auf die Absicht des Diebes, von den Waffen erforderlichen Falles Gebrauch zu machen. Diese Absicht unterscheidet den bewaffneten Diebstahl von dem Raube und von dem Raubversuche. Die Absicht, von den Waffen gegen Personen zu deren Mißhandlung oder Bedrohung Gebrauch zu machen, darf nicht darauf gehen, durch die Anwendung der Waffen in der angedeuteten Art die Entwendung selbst auszuführen, da in solchem Falle unbedingt Raub oder Raubversuch vorliegen würde. Auf der anderen Seite ist es nur bewaffneter Diebstahl, wenn die Absicht darauf geht, sich mit den Waffen nöthigenfalls zur Wehr zu setzen, d. h. sich dadurch gegen die Verhaftung zu schützen; es kann aber diese Absicht auch dahin gehen, durch Anwendung der Waffen nöthigenfalls das Wegbringen der entwendeten Sachen zu sichern; weiter nämlich darf die in dem Strafgesetzbuch nicht näher bezeichnete Absicht mit Rücksicht auf das Verbrechen des Raubes, nicht ausgedehnt werden.

Häberlin a. a. O. S. 94, 95.

Daß der Dieb die eventuelle Absicht ausgeführt, d. h. von den Waffen wirklich Gebrauch gemacht habe, wird zum Begriffe des vollendeten gefährlichen Diebstahls nicht gefordert. Vielmehr wurde die That, wenn die Vollendung der Entwendung oder das Fortbringen der entwendeten Sachen von dem Dieb, der bei der Verübung der That von dem Besitzer oder anderen Personen betreten wurde, dadurch bewirkt worden ist, daß er gegen dieselben von seinen Waffen Gebrauch gemacht hat, in ein anderes Verbrechen übergehen, nämlich nach §. 410, 411 als Raub zu bestrafen sein (Motive der Regg.) vgl. §. 74 c. des Strafedicts. Ob der Dieb bei Ausführung des Diebstahls Waffen oder andere Werkzeuge der bezeichneten Art bei sich geführt, oder am Orte der That, vor

*) Ein solches Hetzen erscheint immerhin als Anwendung thätlicher Gewalt, welche bald als bloser Erschwerungsgrund beim Diebstahl wirken, bald das Verbrechen des Raubs constatiren kann. Vergl. Str.G.B. §. 585, Abs. 14 mit §. 410 und 411. D. R.

oder während deren Verübung, zu sich genommen hat, ist in Beziehung auf den Thatbestand des gefährlichen Diebstahls gleichgültig. Wer also in ein Haus eingeht, um einen Diebstahl zu begehen, dort Waffen findet, sie ergreift und mit ihnen einen neuen Diebstahl vollführt, ist eben so eines bewaffneten Diebstahls schuldig, wie der, welcher die Waffen schon ins Haus mitbrachte. Der an den Waffen selbst begangene Diebstahl ist natürlich nur ein gemeiner, mögen die Waffen Zweck der Entwendung überhaupt oder Mittel zur Ausführung eines neuen Diebstahls sein. Indessen wird in der Regel das zufällige Auffinden von Waffen oder anderen Werkzeugen am Orte der That als Strafminderungsgrund gelten *). (Vergl. §. 70 der Erläuterungen zum Strafedict mit §. 150—152 des Str.G.B.) Hat aber der Dieb gewußt, daß er am Orte der That Waffen oder andere lebensgefährliche Werkzeuge finden würde, so kann ihm das Auffinden nicht zur Strafminderung gereichen.

Sehr häufig wird angenommen, daß von einem bewaffneten Diebstahl gar nicht die Rede sein kann, wenn der Diebstahl von einem Menschen begangen wird, welcher die Waffen oder Werkzeuge, die er in seinem Stand oder Handwerke täglich zu führen pflegt, bei der Ausübung des Diebstahls bei sich hat. Wenn also ein Soldat mit den Waffen seines Berufs, ein Fleischer mit einem Fleischmesser, ein Zimmermann mit seiner Axt, ein Jäger mit einem Hirschfänger u. s. w. versehen, einen Diebstahl vollführt, so ist nach der Ansicht mehrerer Juristen kein bewaffneter Diebstahl vorhanden, denn jene Verbrecher pflegen ja dergleichen gefährliche Werkzeuge stets zu führen, es fällt also die Vermuthung weg, daß sie dieselben zum Zwecke des Diebstahls ergriffen haben. Diese Ansicht ist aber unrichtig und sie würde auch zu einer großen Inkonsequenz führen, indem alsdann derjenige, welcher des Gebrauchs seiner Waffen in Folge deren täglicher Führung wohl kundig ist, milder beurtheilt würde, als der im Gebrauch von Waffen vielleicht ganz unkundige Dieb. Mag daher der Dieb solche Waffen, deren Gebrauch er kennt, die er täglich führt, oder mag er ungewöhnliche Werkzeuge, welche die Absicht wahrscheinlich machen, bei der Ausführung des Diebstahls bei sich gehabt haben, so ist ein bewaffneter Diebstahl vorhanden, insofern sich nicht aus den Umständen des einzelnen Falles als glaubhaft ergibt, daß er sich derselben zum Angriffe oder zur Vertheidigung bei der Ausführung des Diebstahls nicht habe bedienen wollen. Eine solche Exculpation wird nun allerdings demjenigen leichter sein, welcher vermöge seines Berufs oder seiner Beschäftigung Waffen oder andere gefährliche Werkzeuge gewöhnlich mit sich führt, als demjenigen, bei welchem dieses nicht der Fall ist.

Geschieht die Bewaffnung **erst nach** verübter Entwendung, so ist der Diebstahl kein gefährlicher. Verübt aber der Dieb auf der Flucht oder nach der Entwendung überhaupt, Gewaltthätigkeiten mit Waffen, so ist er des Raubes schuldig, wenn das Fortbringen der entwendeten Sache dadurch bewirkt worden ist, §. 411 des Str.G.B., sonst aber nur der Körperverletzung, insofern eine solche wirklich stattgefunden hat. Hat der Dieb nun nach der Entwendung Waffen oder andere gefährliche Werkzeuge bei sich gehabt, so wird die Vermuthung entstehen, daß er sie auch bei der Entwendung selbst geführt habe, wiewohl es dem Richter überlassen werden muß, das Tragen von Waffen während der Entwendung zu erforschen, denn die Bewaffnung des Diebes nach der Entwendung beweist an sich nicht, daß wirklich der Diebstahl mit Waffen geschehen sei.

Früher wurde mehrfach behauptet, daß das Verbrechen des bewaffneten Diebstahls schon durch das Eingehen mit Waffen, in der Absicht zu stehlen, vollendet sei, ohne daß es dazu einer wirklichen Entwendung bedürfe. Allein diese Behauptung hat viele Gegner gefunden, und ist, als dem Sinn des Gesetzes sowohl, wie dem Wesen dieses Verbrechens überhaupt widersprechend, fast allgemein verworfen worden. Das Eingehen mit Waffen in der Absicht zu stehlen, ist nichts anderes, als der **Versuch** eines bewaffneten Diebstahls, denn zum Begriffe dieses Verbrechens gehört ja, wie schon der Name und Ausdruck bezeichnet, ein Diebstahl, d. h. eine wirklich vollendete Entwendung. Dies kann nach dem Wortlaut des §. 381, Abs. 1 des Str.G.B. keinem Zweifel unterliegen, da es daselbst heißt: „**bei der Ausführung des Diebstahls.**"

In Beziehung auf den Ort, wo ein bewaffneter Diebstahl begangen werden kann, hat man die Frage aufgeworfen, ob auch der in unbewohnten Gebäuden mit Waffen begangene Diebstahl für ein gefährlicher im Sinne des Gesetzes gehalten werden könne? was von Einigen bezweifelt wurde, allein mit Unrecht. Die Lage der Gebäude

*) Dieser Annahme ist der §. 381, Abs. 1 des Str.G.B. mit dürren Worten entgegen. D. R.

und der Umstand, daß sie bewohnt oder unbewohnt sind, ist für den Begriff des bewaffneten Diebstahls ganz gleichgültig, denn dieser ist stets vorhanden, wenn Jemand in Gebäude oder andere Orte eindringt und bei Ausführung eines Diebstahls in denselben Waffen bei sich hat. Auf den Umstand aber, daß die Ankunft von Menschen mehr oder weniger wahrscheinlich ist, kann bei der Frage nach dem Dasein und Begriff des bewaffneten Diebstahls nicht Rücksicht genommen werden. Das Strafgesetz spricht auch nur in §. 381, Abs. 2, der vom gefährlichen Diebstahl mit Einbruch und Einsteigen handelt, von bewohnten Gebäuden oder anderen bewohnten Räumen u. s. w., nicht aber in §. 381, Abs. 1, wo überhaupt nicht von Gebäuden, sondern nur allgemein vom Orte der That die Rede ist, daher der gefährliche Diebstahl mit Waffen auch an anderen Orten als in Gebäuden, z. B. in Waldungen an aufgerichtetem Holz, oder in einem eingezäunten Park oder Wildgarten an Wild verübt werden kann, was sich aus §. 655 des Str.G.B. klar ergiebt, indem hiernach der mit Waffen verübte Diebstahl von Wild in einem eingezäunten Parke als gefährlicher Diebstahl zu bestrafen ist. (Motive der Regierung.) Wenn mehrere einen Diebstahl begehen und Alle bewaffnet sind, so leidet es keinen Zweifel, daß auch Alle eines bewaffneten Diebstahls schuldig sind. Aber auch wenn nur Einer oder Einige mit Wissen und Willen der Uebrigen Waffen führen und die mit Waffen Versehenen selbstthätig an der Ausführung des Diebstahls mitwirken, wird für Alle, die an der Entwendung, an Gefahr und Gewinn Theil genommen haben, die Strafe des gefährlichen Diebstahls begründet sein. Jene, welche selbst Waffen führen, sind gleichsam nur die Bevollmächtigten der Anderen im Fall der Entdeckung und stützen sich selbst wieder auf die Gegenwart und Hilfe ihrer Gefährten; alle zusammen können daher als eine Einheit, als einziger Bewaffneter gelten und alle muß daher die Strafe treffen, welche Jedem einzelnen bewaffneten Diebe vom Gesetz angedroht ist *), da ja jeder Einzelne von den Waffen des Anderen den Schutz erwartet, welchen ihm eigene Waffen gewährt haben würden.

*) Diese Meinung, in so weit sie auf eine gleichmäßige Bestrafung aller Complottanten hinausläuft, dürfte nach Ansicht der §§. 125—127 des Str.G.B. nicht ungegründeten Zweifeln unterliegen.

D. R.

Ueber die Gehülfen bei diesem Verbrechen gelten die allgemeinen Grundsätze in §. 134 ff. des Str.G.B., vgl. Archiv des Criminalrechts von 1845, S. 619 ff. (Hammer.)

(Fortsetzung folgt.)

II.

Ueber den §. 134 des Gesetzes vom 5. Febr. 1851, Reggsbl. No. IX.

Das provisorische Gesetz vom 1. August 1849 — das Verfahren gegen abwesende und flüchtige Verbrecher betr. — hat durch die ständische Berathung einige Abänderungen erlitten, wohin namentlich auch die gehört, daß gegen hofgerichtliche Erkenntnisse, welche aussprechen: es habe die Untersuchung bis auf Betreten des Angeschuldigten zu beruhen — nach §. 134 des Gesetzes vom 5. Februar dieses Jahres sowohl dem Staatsanwalt als dem Angeschuldigten das Rechtsmittel der Beschwerdeführung eingeräumt ist.

Da aber das Gesetz keine näheren Vorschriften über das hiebei einzuhaltende Verfahren enthält, so ist es Aufgabe der Praxis, das letztere nach den Grundsätzen der Zweckmäßigkeit zu reguliren.

Zu diesem Behufe sollen die nachfolgenden Vorschläge und Andeutungen dienen. Der Angeschuldigte ist über die Beschwerde des Staatsanwalts und dieser eben so über jene des Angeschuldigten zu vernehmen.

Bekk, Anmerk. zc S. 29, Note *)

Das Hofgericht pflegt die Verhandlung und legt die Acten darüber dem Oberhofgericht vor, welches in geheimer Sitzung auf mündlichen Vortrag in der Form einfacher Verfügung über die Beschwerden entscheidet.

Erscheinen dieselben als unbegründet, so werden sie verworfen.

Im entgegengesetzten Falle wird zwischen der Beschwerde des Staatsanwalts und jener des Angeschuldigten zu unterscheiden sein.

Sofern sich die letztere als begründet darstellt, möchte der § 35 analog zur Norm dienen, nach welchem abändernd erkannt werden müßte, daß kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung vorhanden sei.

Damit wäre sodann die Sache ein für allemal erledigt.

Ganz anders gestaltet sich das Verfahren, wenn die Beschwerde des Staatsanwalts für begründet erachtet wird. In diesem Falle dürfte nemlich nach der Rechtsähnlichkeit des §. 36 die Zurückweisung der Sache an das Hofgericht einzutreten haben. Diese oberrichterliche Ordination macht aber dem Hofgerichte, wie begreiflich, nicht gerade die Verurtheilung des Angeschuldigten zur Pflicht, sondern bezweckt nur, daß in der Hauptsache selbst ein förmliches Urtheil gegeben werde, gegen welches dann dem Staatsanwalt wie dem Angeschuldigten das ordentliche Rechtsmittel des Recurses zusteht.

In solcher Weise ist auch den abwesenden und flüchtigen Angeschuldigten, wie es nach §. 8 des provisor. Gesetzes vom 1. August 1849 nicht der Fall war, die Möglichkeit geboten, freisprechende Urtheile zu erlangen.

Hiermit soll zugleich der erste Anstoß zur Besprechung der Zweifel und Anstände gegeben sein, welche bei Anwendung der neuen Gesetze zu Tag treten.

Praktisch gehaltene Erörterungen und gerichtliche Entscheidungen darüber werden in dieser Zeitschrift stets bereitwillige Aufnahme finden. D. R.

III.

Die Anschließung des Beschädigten im Strafverfahren zur Sicherung seiner Ansprüche.

Der §. 5 des provisorischen Gesetzes vom 1. August 1849 — das Verfahren gegen abwesende und flüchtige Verbrecher betr. — (Reggsbl. No. 46) verfügt wörtlich:

„Der Beschlag gilt auch im Interesse der durch das Verbrechen Beschädigten für angelegt, wenn sie hierauf antragen, ehe das Erkenntniß erlassen ist.

In diesem Falle wird den Beschädigten nachdem die im §. 4 erwähnten Gründe zur Aufhebung des Beschlags eingetreten sind, hievon Nachricht gegeben und ihnen überlassen, binnen einer zu bestimmenden kurzen Frist einen Beschlag im bürgerlichen Rechtswege zu erwirken. Wird innerhalb dieser Frist eine bürgerliche Beschlagnahme nicht beigebracht, so ist der strafrechtliche Beschlag auch diesen Personen gegenüber aufzuheben."

Der §. 130 des Gesetzes vom 5. Febr. l. J. (Regbl. No. 9) schaltet hinter den Worten „im bürgerlichen Rechtswege" die Alternative ein: „oder geeigneten Falls im Wege der Anschließung."

Es wird nun behauptet, dieser Beisatz habe keinen praktischen Werth, weil der „geeignete Fall" nie eintrete, da ja in den Fällen des §. 129, Abs. 3 das Strafverfahren wegfalle, eine Anschließung an dasselbe also nicht mehr möglich sei.

Bekk, Anmerk. rc. S. 115, Note *)

Dies scheint aber nicht ganz richtig, weil nach den §§. 134 und 140 dann, wenn der Abwesende sich stellt, oder dem Gerichte sonst in die Hände fällt, das Strafverfahren aufgenommen werden muß oder kann, je nachdem er bereits verurtheilt ist oder nicht.

In derartigen Fällen ist also eine Anschließung allerdings noch möglich. Dagegen kann nicht geläugnet werden, daß nach der Einschaltung im Abs. 2 des §. 130 auch eine entsprechende Ergänzung des Abs. 3 hätte eintreten sollen, damit nicht der untersuchende Richter, obgleich der Beschädigte innerhalb der bestimmten Frist ad horendo eine Beschlagnahme bei Jenem erwirkt hat, nach Ablauf des Termins den strafrechtlichen Beschlag aufhebt, weil ein bürgerlicher Beschlag nicht beigebracht wurde!

Dem §. 27 des Gesetzes vom 5. Februar l. J. zufolge tritt hinsichtlich der Anklage und der Anschließung des Beschädigten der Titel XXII. der Str P.O. in Wirksamkeit.

Der in diesem Titel vorkommende §. 337 bestimmt: „Wenn der Beschädigte, der sich dem Strafverfahren angeschlossen hat, zur Sicherung seiner Ansprüche auf Beschlagnahme oder einstweilige Verfügungen anträgt, so erkennt darüber der untersuchende Richter rc.

Es kann demnach der Beschädigte als Adhärent zur Sicherung seiner Ansprüche die Beschlagnahme bei dem Untersuchungsgericht begehren, der Angeschuldigte mag flüchtig oder anwesend sein.

Dieser Weg verdient ganz offenbar den Vorzug vor jenem der Klage bei dem Civilrichter, weil der Adhärent, ohne besondere Kosten aufwenden und Bescheinigungen beibringen zu müssen, in Betracht, daß der untersuchende Richter mit dem Stand der Sache schon vertraut und an die Formen des bürgerlichen Verfahrens nicht gebunden ist, mit einem einfachen Antrage am leichtesten und schnellsten zum Ziele gelangt.

Die großh. Staatscasse, welche bei den Hochverrathsprozessen hauptsächlich interessirt ist, kann mithin bei den noch laufenden Untersuchungen ebenso, wie bei jenen, wel-

che etwa noch eingeleitet oder auf Betreten, beziehungsweis Erscheinen der Abwesenden und Flüchtigen wieder aufgenommen werden, mittelst der Adhäsion ihre Ansprüche sicher stellen, ohne nöthig zu haben, zu dem Heere von Untersuchungen auch noch eine Legion von Arrestprozessen ins Leben zu rufen.

Die Sache ist selbst in gegenwärtigem Augenblick noch wichtig genug, da man hört, daß Viele der flüchtigen Inländer, welche bei dem hochverrätherischen Aufruhr betheiligt sind, nach Aufhebung des Kriegszustandes zurückkehren und sich den Gerichten stellen werden.

Wir fürchten daher nicht den Vorwurf, daß diese Zeilen post festum kommen. D. R.

IV.

Ueber den Erwerb der Dienstbarkeiten durch Ersitzung nach älterem Recht.

Annalen XVII., S. 421.

Nachdem ich meinen oben erwähnten Aufsatz schon gefertigt hatte, kam mir eine umständliche Abhandlung über dieselbe Frage im Archiv für civilistische Praxis XXXI., S. 241 ff. , 407 ff., zu Gesicht, deren Resultate im Wesentlichen mit meiner Deduktion übereinstimmen. Der Verfasser jener Abhandlung faßt am Schlusse derselben die über die Frage: was der Ersitzende bei dem servit. discont. zu beweisen habe? gewonnenen Resultate in Folgendem zusammen:

1) Der Beweis muß gerichtet werden auf wahre Besitzhandlungen, d. h. auf solche Handlungen, die in in der Absicht, das betreffende Recht auszuüben, unternommen sind, und dieser Umstand muß nicht allein zum Gegenstand des Beweises gemacht, sondern auch wirklich bewiesen werden.

2) Jene Handlungen müssen von der Art sein, daß sie sich nicht als vitiose. d. h. clam, vi, precario unternommen, darstellen.

3) Es muß eine solche Anzahl von Handlungen jener Art dargethan werden, daß der Richter aus deren häufiger, die Verjährungszeit hindurch reichender Ausübung die Ueberzeugung erhält, es könne dieser Zustand seit resp. 10 und 20 Jahren als ein regelmäßig bestehender angenommen werden, mit anderen Worten: es sei ein diuturnus usus, eine longa consuetudo im Sinne der Quellen vorhanden.

4) Handelt es sich um einen durch Fremde erlangten Usukapionsbesitz, so muß der, welcher die Ersitzung für sich geltend macht, beweisen, daß er um jenen gleich Anfangs gewußt, oder doch von demselben zu einem Zeitpunkte Kenntniß erhalten habe, von welchem an die Verjährung als vollendet immer noch zu betrachten ist.

Weiter hat, da weder justus titulus, noch scientia domini prædii servientis erforderlich ist, und da bona fides präsumirt wird, der Ersitzende nichts zu beweisen; auf dem Beweise der obigen 3 resp. 4 Punkte muß aber beharrt und mit dem ersten und dritten muß es durchaus genau genommen werden, wenn nicht der Beweis der Ersitzung zur Ungebühr und gegen den Geist des römischen Rechts erleichtert werden soll. Das Thema des Gegenbeweises ergibt sich nach Obigem von selbst.

Haager.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. No. 17. Mannheim, 26. April 1851.

I.

Ueber die Errungenschaftsgemeinschaft nach dem Landrecht für das Großherzogthum Baden, insbesondere über die Frage:

„Haben die Ehegatten ihre eingebrachten „Fahrnisse im Stück oder im Geldanschlag „zurück zu fordern."

Es sind über diese Frage sowohl, als über andre damit in Verbindung stehende, insbesondere über die Verbindlichkeit der Ehefrau zur Zahlung der Gemeinschaftsschulden — auch über ihren Antheil an der Gemeinschaft hinaus — schon mehrere Aufsätze theils in den Jahrbüchern des großh. Oberhofgerichts, theils in dem Archiv für Rechtspflege und Gesetzgebung, in den Annalen der großh. badischen Gerichte, in dem Vereinsblatt für die großh. bad. Amtsrevisorate erschienen, sowie eine gediegene Abhandlung des vormaligen Hofgerichtsraths Adolph Sander „Handbuch für Eheleute aller Stände;" Karlsruhe 1829, worin die Rechtsverhältnisse bei den Errungenschaftsgemeinschaften ausführlich abgehandelt werden, es tauchen aber gleichwohl in der neuesten Zeit wieder Operate von Theilungsbehörden auf, und zwar an Orten, wo man dies am wenigsten vermuthen sollte, welche Zeugniß davon ablegen, daß die frühern belehrenden Aufsätze wenigstens an Einzelnen spurlos vorübergegangen sind, während andere Geschäftsfertiger schon seit lange her nach Wort und Geist des Landrechts verfahren.

Diese — nach Ort und Personen verschiedene Behandlung eines Rechtsgeschäfts, für welches aller Orten dasselbe Gesetz besteht, hat für den Freund des Rechts etwas so Widerwärtiges, für die sich dem Beobachter aufdringende Beurtheilung der Thätigkeit der Staatsaufsichtsbehörden, welche über die rechtmäßige und gleichmäßige Behandlung der Geschäfte durch ihre Untergebenen zu wachen haben, etwas so Ungünstiges, daß es nicht auffallend erscheinen kann, wenn nach Entdeckung dieses Mißstandes die fragliche Rechtsmaterie neuerdings behandelt, auf dem Weg, wie die frühern Aufsätze zur Kenntniß derer, welche mit dem Geschäftsvollzug beauftragt sind, gebracht, und nach etwaiger weiterer Erörterung zur gleichmäßigen Geschäftsbehandlung neuerliche Anregung gegeben wird.

Der Urtext unseres Landrechts, der Code Napoleon, lautet über die Errungenschaftsgemeinschaft:

> Satz 1498: Lorsque les epoux stipulent, qu'il n'y aura entre eux, q'une communeauté d'aquêts, ils sont censés exclûre de la communeauté et les dettes de chacun d'eux actuelles et futures, et leur mobilier respectif présent et futur.
>
> En ce cas, et après que chacun des epoux a prélevé ses apports dûment justifiés, le partage se borne aux aquêts faits par les epoux ensemble, ou separement durant le mariage, et provenant tant de l'industrie commune, que des économies faites sur les fruits et revenues des biens de deux epoux.

In der unserm Landrecht gewordenen Uebersetzung des ersten Abschnitts des Satzes 1498 besteht die einzige Aenderung in der Zugabe des Wortes „eigene" (Schulden), welche Zugabe übrigens in den Jahrbüchern des großh. bad. Oberhofgerichts 1828, pag. 348

Adolph Sanders Handbuch für Eheleute aller Stände 1839, pag. 75—78 und 78—81; Archiv für Rechtspflege und Gesetzgebung, III. Band 1834, pag 290, Abhandl. von Christ.

sehr ungünstig beurtheilt, hier übrigens als außer dem Zweck des Verfassers liegend nicht weiter berührt wird.

In dem zweiten Abschnitt des Satzes 1498 weicht unser Landrecht von der wörtlichen Uebersetzung des Urtextes nur darin einigermaßen ab, daß die Worte des Urtextes: »a prélevé ses apports dûment justifiés« mit dem Ausdruck: „nimmt sein zugebrachtes Vermögen in dem gehörig erwiesenen Betrag zum Voraus zurück", gegeben sind.

Stellt man sich zuerst die Frage: Hat der Verfasser des L.R. am Sinne des Urtextes — dûment justifiés — etwas ändern wollen? so wird man dieselbe wohl verneinen müssen, wenn man erwägt,

a) daß er in seinen Erläuterungen, die er immer dazu benützte, bei intendirten Abänderungen zu sagen, was und wie er's meinte, dessen mit keiner Sylbe erwähnte, und

b) daß er sich viel bestimmter hätte ausdrücken müssen, und ausgedrückt haben würde, wenn er dem dûment justifiés, d. i. gebührendermaßen Rechtfertigen des Beibringens durch seinen Ausdruck „im gehörig erwiesenen Betrag" einen andern Sinn hätte unterschieben wollen. Die, welche gleichwohl Dies meinen und behaupten, Brauer habe dadurch andeuten wollen, daß die Rücknahme des Beibringens nur im Geldbetrag nach dem eigenen Anschlag des Beibringensinventars statt haben solle, sagen, Brauer hätte andernfalls sich ausdrücken müssen, „nimmt sein zugebrachtes Vermögen im Stück zum Voraus zurück.

Allein dieser Schluß ist in aller Beziehung unbündig, denn fürs

1) Erste kann man von einem Objekt, das aus 100 und mehreren einzelnen Stücken besteht, wie das eheliche Fahrnißbeibringen in der Regel — von einem Aggregat von Stücken — ganz füglich und ohne die Regeln des Sprachgebrauchs zu verletzen, sagen „das Beibringen im gehörig erwiesenen Betrag zurücknehmen", fürs

2) Andere: Wenn man sich in den Gegenstand, wie er in der Praxis erscheint, hineindenkt, wenn man erwägt, daß manche Beibringensstücke bis zum Zeitpunkt der Eheauflösung ganz aufgebraucht und gar nicht mehr vorhanden sind, daß andere solche Stucke, etwa werthvolle, welche während der Ehe verkauft und der Erlös in die Haushaltung, das ist, in die Gemeinschaft gezogen worden, aus diesem Grund nicht mehr im Stück vorhanden sind, dafür aber dem betreffenden Ehegatten der Geldwerth aus der errungenen Gemeinschaft ersetzt werden muß, wenn man also erwägt, daß nicht nur die Zahl der zurückzuempfangenden Stücke, sondern auch die Natur derselben, in vielen Fällen durch das Geldäquivalent eine mehr oder weniger bedeutende Aenderung erleidet, ferner erwägt, daß zu den „Fahrnissen" auch die Kapitalforderungen gehören, welche während der Ehe ganz oder zum Theil verloren gehen können, was allein schon gewöhnlich eine Erörterung und Nachweisung des zur wirklichen Rückforderung geeigneten gehörigen Betrags erforderlich macht, wird Manchem der allgemeinere Ausdruck der Zurücknahme des Beibringens „im gehörig erwiesenen Betrag" noch angemessener erscheinen, als es der Ausdruck „im Stück" gewesen wäre, denn weder die gänzlich verbrauchten Stücke, noch jene, wofür die Vergütung geleistet werden muß, werden im Stück zurückgegeben und können im Stück zurückgegeben werden, dagegen wird richtiger durch die Worte „im gehörig erwiesenen Betrag" eben sowohl die nach erfolgten Erörterungen gehörig berichtigte Zahl der Stücke, als auch die Verwandlung einzelner — in den Nutzen der Gemeinschaft verwendeter — Stücke in einen Geldbetrag angedeutet.

3) Ueberhaupt wäre die Metamorphose des durch Vertragsbestimmung ausdrücklich vorbehaltenen Eigenthums der beigebrachten Fahrnißstücke in eine Geldauslösung eine so auffallende Bestimmung, eine so erorbitante, durch keine Nothwendigkeit gerechtfertigte legislatorische Willkür, daß sie nicht blos durch einen zweideutigen Ausdruck ohne alle weitere Erwähnung eingeführt worden wäre.

Schon die blos auf die Fassung, auf den üblichen Sinn der gebrauchten Worte gegründete Beurtheilung der Intention des Gesetzredacteurs spricht gegen die Wahrscheinlichkeit, daß derselbe mit seinem Ausdruck „im gehörig erwiesenen Betrag" eine Abänderung am Sinne des Urgesetzes beabsichtigt habe, in der Art, daß die Rücknahme des Beibringens nicht in natura, sondern im Geldanschlag statt haben solle.

4) Diese Unwahrscheinlichkeit wird aber gewissermaßen zur Unmöglichkeit, wenn man den direkten Widerspruch berücksichtigt, in welchen Wort und Sinn des Landrechts einerseits, mit dem Sinne der vorbemerkten Auslegung andererseits gebracht würde.

Der L.R.S. 1498 schließt alle beigebrachte Fahrnisse von der Gemeinschaft aus. Eine natürliche unausweichliche Folge davon ist, daß die beigebrachte Fahrniß lediglich Eigenthum des Beibringenden bleibt, selbst nach

Brauers Erläuterung Band III. pag. 352, und nur die Benützung derselben (soweit dies möglich ist) gemein wird.

Nach der obgedachten Auslegung — ich will sie Notarsauslegung nennen — würde aber auf einmal beim Tode eines der Ehegatten das ausdrücklich jedem vorbehaltene Beibringenseigenthum derselben Eigenthum eines Dritten — nemlich der Gemeinschaft (bekanntlich bestehen bei allen solchen Eheverträgen drei Vermögensmaaßen und drei Rechtssubjekte, nemlich Mann, Frau und Gemeinschaft des Errungenen.)

Nach dieser Auslegung wäre also der Tod, der sonst nach L.R.S. 1441 der erste Grund der Auflösung einer jeden wirklich bestehenden Gemeinschaft ist, hier zum Ursprung einer neuentstehenden Gemeinschaft, und

diese — ein Dritter — zum Sündenbock gemacht, der die abgetragenen Kleider, zerrissenen Hemden, Stiefel, die zerbrochenen Stühle, Tische rc. aus dem Beibringen anzunehmen, und dafür den Preis, den sie vor zwanzig Jahren neu gekostet haben, in Geld zu ersetzen verpflichtet wäre! Es ist aber ein unauflöslicher Widerspruch, zu sagen, diese Fahrnisse sind und bleiben dein ausschließliches Eigenthum und zu behaupten „sie sind oder werden ohne weiteren Titel Eigenthum eines Dritten, der dir dafür den Geldersatz nach deinem selbst geschätzten Anschlag vor 20 Jahren leisten muß."

Selbst von einer näheren Andeutung in einem Gesetz über diesen Eigenthumsverlust, Eigenthumsübergang, Vergütungspflicht nach dem Werth oder Anschlag vor 20 Jahren, ist nirgend eine Spur! Zur Ehre des gelehrten Herrn Gesetzredacteurs muß man annehmen: Es ist nicht möglich, daß er durch die Worte „im gehörig erwiesenen Betrag" das ausdrücken wollte, was die Notarsauslegung sagt. Aber auch angenommen, man wüßte aus irgend einer Quelle, daß jene Notarsauslegung seiner persönlichen Ansicht entsprochen hätte, so würde doch daraus noch nicht folgen, daß seine persönliche Ansicht und Auslegung für uns Gesetz ist. Nur das ist Gesetz, was in den gebrauchten Worten des L.R. nach unbefangener — von jener des Redacteurs unabhängiger — Beurtheilung liegt, und nach dem Geist des ganzen Rechtssystems liegen kann.

Diesen Erfordernissen entspricht die Notarsauslegung nicht.

Ehe ich aber zu den weitern Beweisen übergehe, halte ich es für nothwendig, die Konsequenzen ausdrücklich hier anzuführen, welche der Notar daraus zieht, nemlich

A. daß es bei dem Absterben eines Ehetheils nicht nothwendig seie, aus dem zu jener Zeit vorhandenen gesammten Fahrnißvermögen die Beibringensstücke eines jeden Ehetheils vorher auszuscheiden, sondern genüge, den Geldanschlag des Beibringens beider Ehegatten zur Zeit ihres Eintritts in die Ehe zusammen zu zählen,

B. damit den bei der Eheauflösung taxirten Werth des beisammen befindlichen inventirten (Beibringen und Errungenes zugleich enthaltenden) Vermögens zu vergleichen,

C. jedem Ehetheil aus Letzterem soviel nach dem letzten Inventarstaxationswerth zuzuscheiden, als er nach dem Anschlag in seinem Beibringensverzeichniß beigebracht habe, wenn nemlich das Gesammtvermögen dazu hinreiche,

D. den Ueberschuß aber als Errungenschaft, oder das etwaige Deficit nach Proportion des Beibringenstaratums zu vertheilen.

Anwendung auf einen gegebenen Fall: z. B.

Der Mann bringt bei: Capital		2000 fl. —	
an Meubles, Kleider, Waffen rc.		4351 fl. 42	
			6351 fl. 42
Die Frau bringt bei: Capitalien		6000 fl. —	
an Meubles, Kleider, Schmuck rc.		2005 fl. 58	
			8005 fl. 58
Gesammtbeibringung			14357 fl. 40
bei der Eheauflösung ist z. B. der Gesammtwerth der Fahrnisse		4039 fl. —	
die Capitalien	2000 fl. —		
und weitere wie oben	6000 fl. —		
		8000 fl. —	
			12039 fl. —
also Deficit oder Verrungenschaft			= 2318 fl. 40
wornach an dem Verlust beiläufig $\frac{3}{7}$ dem Mann mit			$993\frac{3}{7}$ fl.
und $\frac{4}{7}$ der Frau mit			$1324\frac{4}{7}$ fl.
			2318 fl.

zu Last fielen.

Daß die Grundsätze falsch sind und ihre Anwendung zum Unrecht und zur Beschädigung des einen oder andern Ehetheils oder seiner Rechtsnachfolger führen müsse, soll

nun ausführlicher als es schon oben im allgemeinen geschehen, erwiesen werden.

1) Wenn man auf das ganze Rechtssystem blickt, das den Bestimmungen des Code Napoleon, unsres Landrechts, über die Vermögensverhältnisse der Eheleute zum Grunde liegt, so ergibt sich, daß ohnerachtet eine der vielen Vertragsweisen über Regulirung ehelicher Vermögensverhältnisse als die gewöhnliche, als die bei Eheschließungen ohne alle besondere Verträge giltig werdende, als Regel angenommen ist, nemlich die sogenannte gesetzliche Gütergemeinschaft, dennoch den Brautleuten die ausgedehnteste Freiheit gelassen wird, von jener Regel ganz abweichende Bestimmungen unter sich festzusetzen. Das Landrecht führt mehrere solche, von der gesetzlichen Gütergemeinschaft abweichende Vertragsformen selbst an, ohne die Brautleute hierauf zu beschränken.

Da der Grundcharakter der gesetzlichen Gütergemeinschaft darin besteht, daß alle Fahrnisse der Eheleute darein gezogen und nur die Liegenschaften davon ausgeschlossen werden, so begreift sich's leicht, daß als erste der von der gesetzlichen Gütergemeinschaft abweichenden Vertragsformen jene aufgeführt wird, durch welche alle Fahrniß der Eheleute von der Gemeinschaft ausgeschlossen wird, das ist die Errungenschaftsgemeinschaft. Klar ist, daß wer die Errungenschaftsgemeinschaft wählt, seine Fahrnisse behalten, nicht in eine Gemeinschaft einwerfen, die Entwerthungs- und gänzliche Verbrauchsgefahr auf sich behalten, und bei Auflösung der Ehe nicht etwas Andres, etwas Ungewisses dafür erhalten will.

Bei oben angeführter Behandlungsweise würde aber die in die Errungenschaftsgemeinschaft gebrachte Fahrniß so behandelt, als wäre sie in gesetzliche Gütergemeinschaft gebracht und in die Gemeinschaft gefallen, also der Zweck, den der Gesetzgeber den Vertragspersonen zu erreichen freilassen wollte, ihr gesammtes Fahrnißvermögen ungeschmälert als Eigenthum zu behalten, geradezu vereitelt. Geschäftsformen sind aber unvernünftig und unstatthaft, durch welche den Vertragspersonen Rechte entzogen werden, die ihnen die Gesetze einräumen.

2) Auch in der gesetzlichen Gütergemeinschaft, bei welcher die Rechte des Ehemanns über die zugleich jene der Ehefrau in sich begreifende Fahrniß sehr ausgedehnt sind, ist L.R.S. 1470, Abschn. 1 festgesetzt, daß jeder Ehegatte, oder sein Erbe im Voraus das Beibringen, nämlich sein eigenes Vermögen, das nicht unter die Gütergemeinschaft gefallen ist, **im Stück**, sofern es sich noch vorfindet ꝛc. zurückzunehmen hat.

Wo läßt sich denn, bei gänzlichem Mangel einer directen Vorschrift, ein Grund, nur nur ein Scheingrund entdecken, aus welchem bei bedungener Errungenschaftsgemeinschaft, bei welcher alle beigebrachten Fahrnisse nicht unter die Gemeinschaft fallen, sondern fortan Eigenthum des Beibringenden bleiben, diese **nicht im Stück**, sondern im Geldanschlag zurückfallen sollen? Das „nicht unter die Gütergemeinschaft fallen" oder das „Eigenthumbleiben" des Vermögens erscheint hier offenbar als der Grund des Zurücknehmens im Stück, um so mehr muß dieser Grund gleiche Wirkung haben unter dem Geding der Errungenschaftsgemeinschaft, bei welcher das Nichteinwerfen der Fahrniß eine Hauptstipulation ist.

3) Zum Begriff der Errungenschaftsgemeinschaft nach den L.R.S. 1498 und 1499 gehört aber eben so die Bedingniß des Gemeinschaftlichwerdens der Errungenschaft.

Die Errungenschaft ist immer etwas ganz Neues, das nach eingegangener Ehe durch Sparsamkeit, Fleiß ꝛc. erst entsteht. Es steht in keiner rechtlichen Verbindung mit dem Beigebrachten.

Das Letztere muß nothwendig mit jedem Jahr sowohl der Zahl nach abnehmen, als an Werth sinken, während das Letztere, das Errungene, mit jedem Jahr in der Regel steigen wird, wenn es anders zu Stand kommt.

Beide Arten von Vermögen, beigebrachtes und errungenes, bilden abgesonderte Massen. Sie berechnen sich miteinander wie Fremde.

Wird von der beigebrachten Fahrniß eines Ehetheils z. B. ein Stück verkauft und der Erlös in die gemeinschaftliche Haushaltung eingeworfen, so muß am Ende der Betrag aus der Gemeinschaft oder Errungenschaft dem Einwerfenden ersetzt, wird aus der Gemeinschaft einem der Ehegatten eine Summe zu seinem persönlichen Vortheil, z. B. zur Abzahlung einer Schuld, die auf einer ihm erblich angefallenen Liegenschaft haftet, überlassen, von diesem der Gemeinschaft dafür Vergütung geleistet werden.

Die Errungenschaft hat die gesetzliche Bestimmung, nach bestrittenen Gemeinschaftsschulden unter die beiden Eheleute oder ihre Rechtsvertreter vertheilt zu werden zu gleichen Theilen — L.R.S. 1474 verglichen mit L.R.S. 1528 — es entsteht für jeden Ehegatten ein bestimmtes

Recht hierauf, während das Beigebrachte keine erst gegeben werdende Bestimmung hat, sondern dem Beibringenden eigen verbleibt.

Legen wir die Positionen des obigen Beispiels zum Grund, so wäre (unter Weglassung der beiderseitigen Capitalien) unter dem gegenwärtigen Gesammtvermögen von 4039 fl. —
das Beibringen nach einem Zeitraum von 14—15 Jahren, wo Vieles ganz abgegangen, das Andere abgenutzt worden, höchstens zu einem Anschlag von einem Drittel begriffen, also die ursprüngl. 4351 fl. 42 mit 1450 fl. 54
„ „ „ 2005 fl. 58 mit 668 fl. 39
2119 fl. 33
nach deren Abzug am Gesammtvermögen bei Auflösung der Ehe sich eine wahre Errungenschaft ergibt von 1919 fl. 27

Das ist unumstößlich richtig! Wer nur einigermaßen aus Erfahrung weiß, wie tarirt und was bei Steigerungen erlöst wird, der wird vielleicht den Durchschnittsanschlag von einem Drittel gegen den ursprünglichen Ankaufspreis in den Beibringensverzeichnissen noch zu hoch finden!

An der in Wahrheit vorhandenen Errungenschaft gebührt jedem Ehegatten die Hälfte mit 959 fl. 43 kr.

Anstatt nun dem Gesetz gemäß dem Ehemann seine Capitalforderung von 2000 fl. —
seine beigebrachte sämmtliche Fahrniß nach dem neuesten Anschlag in dem Inventarium zu ca. 1450 fl. 54
an der wirklichen Errungenschaft die Hälfte 959 fl. 43
zus. 4410 fl. 37
der Ehefrau ihre Capitalforderung 6000 fl. —
ihre Fahrniß im neuesten Anschlag zu ca. 668 fl. 39
an der Errungenschaft die Hälfte mit 959 fl. 43
7628 fl. 22
thut obiges Gesammtvermögen 12038 fl. 59

zuzuscheiden, muß nach der — bestrittenen — Auslegung und Manipulation gesagt werden:

Gegen beigebrachte 14357 fl. 40
sind am Ende der Ehe nur noch vorhanden 12039 fl. —
die Eheleute haben daher zurückgehaust 2318 fl. 40

An dieser Verrungenschaft fallen nach oben berechneter beiläufiger Proportion auf des Ehemanns Beibringen zu 6351 fl. 42
$^3/_7$ mit 993 fl. 25
bleibt ihm daher Vermögen 5358 fl. 16 .. 5358 fl. 16
auf der Ehefrau Beibringen zu 8005 fl. 58
$^4/_7$ mit 1324 fl. 34
bleibt ihr daher Vermögen 6681 fl. 24 .. 6681 fl. 24
thut das obige jetzige Vermögen 12039 fl. 40

Die Differenz von 41 kr. durch exacte Berechnung des Verrungenschaftsantheils statt $^3/_4$ und $^4/_7$ zu heben, ist nicht der Mühe werth.

Die Vergleichung der Betreffnisse zeigt wie bedeutend der Unterschied ist.

Durch diese Manipulation nimmt der so verfahrende Notar dem einen oder andern Ehegatten seinen Antheil am Errungenen, ganz oder theilweise, und erklärt sie noch obendrein für Uebelhäuser.

Kann und darf nun das Beibringen nicht aus der Errungenschaft ersetzt werden, so bleibt dem Eigenthümer desselben nichts anderes übrig als die Zurücknahme im Stück.

4) Klar springt die gänzliche Grundlosigkeit der Behauptung — das Beibringen könne im Geld zurückgefordert werden — in die Augen, wenn man sie bei einer nur ganz kurz gedauert habenden Ehe in Anwendung bringen soll. Hier kann natürlich von etwas Erspartem noch keine Rede sein, gleichwohl werden die Fahrnisse, wenn die Ehe auch nur ein Jahr, ein halbes Jahr gedauert hat, schon etwas gebraucht sein, jedenfalls den Glanz der Neuheit, den Schein des Nagelneuen verloren haben. Bei der nach Auflösung der Ehe eintretenden Inventarstaration schon wird nach der allbekannten Verfahrensweise hiebei kaum die Hälfte von dem, was die Stücke vor einem Jahr im Kaufladen, beim Gewerbsmann ꝛc. gekostet haben, und womit sie muthmaßlich ins Beibringensinventar aufgenommen sind, angesetzt, und bei einer etwaigen Steigerung vielleicht nicht einmal soviel erlöst werden.

Woher soll nun die angeblich berechtigte Geldauslosung genommen werden? Auf den Verkauf ihrer beigebrachten Fahrnisse werden es die Betheiligten wahrscheinlich selbst nicht ankommen lassen, sie werden vorziehen, ihre beigebrachten Fahrnisse, wie sie sind, zu behalten, als eine Geldauslosung zu beziehen, an der sie die Hälfte des innern Werths ihres Beibringens verlieren, sie werden sich mit dem auf das Eloborat der Theilungsbehörde gegründeten Ausspruch derselben begnügen, daß sie in Jahresfrist die Hälfte ihres Vermögens verhaust haben! in

ihrem Innern aber die Ueberzeugung tragen, daß sie in Wahrheit ohngefähr eben so viel haben, als sie vor einem Jahr bei Eingehung der Ehe hatten!

5) Noch schlimmer sieht es aber mit der fraglichen Behauptung und mit der darauf gegründeten obigen Theilungsmanipulation aus, wenn zufälliger Weise die Eheleute ihr Beibringen zwar wohl verzeichnet, dem Verzeichniß aber keine Taxation beigefügt haben. Das Verzeichniß ist nothwendig und durch L.R.S. 1499 bei Vermeidung des Eigenthumsverlusts vorgeschrieben, nirgend aber die Taxation der verzeichneten Beibringensstücke. Da tritt nun volle Rathlosigkeit ein, es fehlt dem Notar die Basis zu seiner Verfahrungsweise!

Wäre diese Verfahrungsweise die gesetzmäßige, so hätte in den L.R.S. über die Errungenschaftsgemeinschaft nicht blos die Verzeichnung der Fahrnisse, sondern auch die Taxation derselben vorgeschrieben werden müssen, das ist aber nicht geschehen; sie ist daher auch nach der Absicht des Gesetzes gar nicht nothwendig, und die vom Verfasser vertheidigte Behandlungsweise, die Ausscheidung aller unter dem Gesammtvermögen bei Auflösung der Ehe noch vorhandenen Beibringensstücke das erste was bei der Verlassenschaftsverhandlung nothwendig wird. Dann erst kann man wissen, was Errungenschaft ist, bei der allein erst das Theilen des Gemeinschaftlichen eintritt, das noch vorhandene Beigebrachte aber dem Eigenthümer oder seinem Rechtsnachfolger zufällt.

6) Man hat zur Rettung der Notariatspraxis sich auch darauf berufen, daß eben die Beifügung der Taxation zu den verzeichneten Beibringensstücken es nach sich ziehe, daß das Eigenthum des Beibringens an die Gemeinschaft übergehe, und dadurch alles andere Notariatsverfahren rechtfertige. Diese Unterstellung ist aber beim Mangel eines aus der Natur des fraglichen Rechtsgeschäfts, oder aus einer dabei deutlich ausgesprochenen gesetzlichen Bestimmung herzuleitenden Grundes eine gezwungene Nothhilfe, herbeigeholt aus dem L.R.S 1551. Man braucht aber nur auf die Ueberschrift des 2. Abschn des 3. Kapitels, unter welchem derselbe erscheint, zu verweisen, um zu zeigen, daß jener Satz eine singuläre Bestimmung über die Ehesteuer, Brautschatz und die Rechte des Mannes hieran bei Nichtgemeinschaftsehen enthält, und von ferne nicht für die in ein ganz anderes Rechtsgebiet gehörige Errungenschaftsgemeinschaft gilt.

Die Beifügung einer Taxation zu den Beibringensstücken in die Errungenschaftsgemeinschaft bei der ich im Ehevertrag ausdrücklich oder unter Bezug auf die L.R.S. 1498 und 1499 bedinge, mein Beibringen eigen behalten zu wollen, kann doch vernünftigerweise nicht als ein Verzicht auf dieses Eigenthum angesehen werden, und hat in den näher bekannten Fällen nur den Zweck, der ausheurathenden Tochter oder Sohn und ihren Vermählten anzudeuten, mit welcher Summe das von den Eltern erhaltene Beibringen einstens zu conferiren sein werde.

Es liegt wieder ein wahrer Widerspruch in der Anwendung des Satzes 1551, der dem Ehemann von der beigebrachten taxirten Ehesteuer ... das Eigenthum zuspricht, auf die Errungenschaftsgemeinschaft, weil bei dieser ja der Eigenthumsvorbehalt die Grundidee bildet.

Um alle Zweifel zu zerstreuen, will ich hierüber auf Zachariäs Handbuch des franz. Civilrechts, Bd. 3, 4. Aufl. §. 522 von der Errungenschaftsgemeinschaft pag. 260, Anmerkung 11 am Schluß verweisen, lautend: „Sind die Mobilien der Frau vor der Verheurathung taxirt worden; so verbleibt gleichwohl der Frau das Eigenthum."

7) Es wäre ohne allen Zweifel eine höchst annehmbare Bestimmung, wenn den in die Errungenschaftsgemeinschaft eintretenden Ehegatten wenigstens frei stünde, an der Stelle ihrer beigebrachten Fahrnisse nach 20—30 Jahren den Geldwerth nach der Taxation beim Eintritt in die Ehe zu beziehen, denn nach diesem Zeitraum wird die beigebrachte Fahrniß beinahe ganz verbraucht und ihr Werth fast auf Null herunter gebracht sein. Es fehlt aber an dem „Gutmüthigen", Dritten, der gegen Uebernahme der Fahrnißreste die Geldauslosung zahlt. Zu diesem „Gutmüthigen" kann man die Gemeinschafts- oder Errungenschaftsmasse nicht machen, da dazu Eigenthümer oder Berechtigte zu bestimmten Theilen vorhanden sind, deren Interesse bei der Sache durchaus nicht gleich ist, wie oben gezeigt.

Es liegt überhaupt etwas Unnatürliches, etwas Ungereimtes in dem Ersatz eines Fahrnißstückes an den Eigenthümer, der es selbst verbraucht hat! selbst wenn er auch Andere an dem Gebrauch Theil nehmen ließ! Es liegt in der Natur der zum Gebrauch bestimmten Fahrnisse, daß sie, die einen bald und gänzlich aufgebraucht, die andern langsamer durch den Gebrauch deteriorirt werden.

Für einen so unnatürlichen Ersatz müßten bestimmte Gesetze nachgewiesen werden, wenn man ihn im allgemeinen Recht begründen wollte, wie etwa der L.R.S. 1821

zu Gunsten des Eigenthümers einer in Pacht gegebenen Meyerei rücksichtlich des eisernen Viehes.

Derjenige, welcher sich das Eigenthum solcher Stücke vorbehalten hat, kann sich über diese natürliche Erscheinung nicht wundern. Sein Eigenthumsrecht bringt es schon nach allgemeinen Rechtsregeln mit sich, einzelne Stücke ganz verloren gehen, andere sehr entwerthet zu sehen. Der Ehegatte in der Errungenschaftsgemeinschaft, welcher sich einem, vermöge der Naturgesetze voraussichtlichen Verlust entziehen wollte, müßte nothwendig mit seinem Mitcontrahenten besondere Stipulationen treffen, daß er das Recht haben solle, bei Auflösung der Ehe sein Beibringen im Geldanschlag zurückfordern zu dürfen, und nicht im Stück zurücknehmen zu müssen, wodurch dann die natürliche Sache ihre Gültigkeit auf dem Weg des besondern Vertrags erlangen würde.

Zachariä Handb. des franz. Civ.-Rechts, 4 Auflage. Band III. pag. 262, Anmerkung 18.

8) Durch vorstehende Bemerkungen dürfte aus der Natur der Sache, aus dem Buchstaben des Landrechts und aus logischen Folgerungen hieraus erwiesen sein, daß Eheleute unter dem Vertrag der Errungenschaftsgemeinschaft ihr Beibringen nur im Stück und nicht im Geldanschlag zurückzuverlangen berechtigt sind, unbeschadet der Ersatzleistung aus der Gemeinschaft in den oben angedeuteten Spezialfällen.

Hören wir nun noch, was bewährte Rechtsgelehrte und wissenschaftliche Blätter hierüber sagen.

a) Zachariäs Handbuch des franz. Civilrechts Band III. pag. 261 weist die Nothwendigkeit besonderer Stipulation nach, wenn die Berechtigung, das Beibringen in Geld zurückzufordern, gegründet werden soll, somit die Verpflichtung, dasselbe in der Regel im Stück zurücknehmen zu müssen. Vergl. L.R.S. 1528 mit 1470.

b) ibi pag. 262, Anmerkung 18 wird diese Stipulation aus Klugheitsrücksichten empfohlen.

c) ibi pag. 260, Anmerkung 11 wird unter Anderm gesagt: Da jedoch die Eheleute nach Satz 1498, §. 2, wenn die Gütergemeinschaft aufgelöst wird, ihre Mobilien in natura (und nicht blos den Werth derselben, vergl. S. 1503) zurückzunehmen berechtigt sind &c.

Gleiche Rechtsansicht liegt in

d) Adolph Sanders Handbuch für Eheleute aller Stände. Karlsruhe 1829 pag. 72, wornach Fahrniß, welche nur durch Verzehren gebraucht werden kann (also dann ganz zu existiren aufhört) wie Lebensmittel, gar nicht ersetzt wird.

e) ibi pag. 73, wornach Fahrnisse, wenn auch durch den Gebrauch sehr im Werth verringert, nur in ihrem gegenwärtigen Zustand zurückzunehmen sind, wenn nicht ausdrücklich im Ehevertrag enthalten ist, daß ein Ehegatte hiefür eine bestimmte Summe Geldes zum Voraus wegzuziehen berechtigt sein solle.

f) ibi pag. 71. Wenn dort, unten, etwas allgemein und unbestimmt gesagt wird: „Nach Auflösung .... zieht „jeder Ehetheil sein eingebrachtes .... Vermögen, in „soweit es noch vorhanden oder in soweit nicht dafür ein „giltiger Ersatz nach § 7 geschehen ist, im Stück „zurück"

(wodurch das Zurückziehen im Stück und nicht im Geldanschlag als gesetzliche Regel anerkannt ist,)

„für das nicht vorhandene eingebrachte Vermögen muß ihm dessen Werth zum Voraus ersetzt werden," so kann nach den sub d und e angeführten Beschränkungen desselben Verfassers und unter Mitbeachtung des Inhalts des §. 7 seines Handbuchs und der dort allegirten L.R.S. 1433, 1433 a und 1437 das Letztere nur von solchem Eingebrachten verstanden werden, das in die Gemeinschaft eingeworfen oder zum ausschließlichen Nutzen des andern Ehetheils verwendet worden ist, z. B. zur Ausstattung eines Kindes aus einer frühern Ehe, wofür dann allerdings aus der Errungenschaftsmasse Ersatz im Voraus geleistet werden muß.

g) In den Annalen der großh. bad. Gerichte, 4. Jahrgang 1836 pag. 294 befindet sich ein Aufsatz, der das Unrechtmäßige des Begehrens der Zurücknahme des Beibringens zur Errungenschaftsgemeinschaft in Geld und die dadurch entstehende Rechtsverletzung Dritter gründlich nachweist, auch die Verlassenschaftsbearbeitung in drei Unterabtheilungen, Fahrnisse des Mannes, Fahrnisse der Frau und Fahrnisse der Errungenschaftsgemeinschaft, nothwendig findet. Pag. 295 wird die Unzuläßigkeit behauptet, daß Fahrnisse, insbesondere die darunter gehörigen beigebrachten Forderungen in die Gemeinschaft gezogen werden, weil sich sonst die Errungenschaft in die gesetzliche Gütergemeinschaft auflösen würde, indem L.R.S. 1401 Abschn. 1 durch S. 1498 Abschn. 2 und S. 1499 beschränkt würde.

h) Im Vereinsblatt für die Amtsrevisorate zweiten Jahrgangs 1836, 1837 pag. 100 wird derselbe Gegenstand, obgleich wegen Druckfehlern in den Citaten etwas

undeutlich behandelt, ausgeführt, daß die L.R.S. 1551 und 1552 als singuläre Bestimmungen auf die Errungenschaftsgemeinschaft nicht anwendbar, das Beibringen der verzeichneten Fahrnißstücke taxirt, keine Veräußerung sein könne, da das Beibringen Eigenthum bleibe und nach Manchem, was nur auf Rückforderungen der Frau gegen ihren Mann als Verwalter beidartigen Vermögens Bezug hat, damit geschlossen, daß die Zuweisung der Fahrniß, soweit sie im Stück vorhanden, an den inferirenden Ehetheil für das Richtigere gehalten werde.

i) Der den beidletzten Abhandlungen zu Grund gelegte Fall vom Jahr 1829 ist aber nicht derselbe, von dem hier die Rede ist, die Frau verweigerte dort nicht die Rücknahme des Beibringens in natura, sondern behauptete, sie seie diese Fahrnisse nicht in dem neuern geringern Anschlag, sondern nur in jenem des Beibringensinventars von 1817 zurückzunehmen schuldig. Der Fall muß aber noch besondere Specialitäten gehabt haben, denn es ist sonst ganz unerklärbar, wie Jemand, der aus einer Gemeinschaft oder Masse Fahrnisse zurücknehmen zu müssen anerkennt, sich darum streiten kann, sie in einem höhern Anschlag zurücknehmen zu dürfen, da doch der niedere ihm nach der Beurtheilung unter gewöhnlichen Umständen mehr Vortheil bringen müßte. Nur weil die dort unter a, b, c ꝛc. angeführten Gründe etwa gegen den Hauptsatz dieser Abhandlung gerichtet werden könnten, soll hier das Erforderliche bemerkt werden.

a) Sobald der Streitgegenstand nicht in der Frage ob, sondern nur in der Frage in welchem Anschlag ein Ehetheil sein Beibringen zurückzunehmen habe, besteht, kann der Ausdruck „in dem gehörig erwiesenen Betrag" Geltung erlangen, ohne daß er dann beweißt: das Beibringen überhaupt seie nicht in natura, sondern im Geldanschlag rückzunehmen.

b) Schon der ganze Satz: „die Benützung des eingebrachten Vermögens komme der Gemeinschaft zu gut" ist nicht allgemein richtig, denn eine Menge von Beibringensstücken, welche der Beibringende lediglich für seine Person benützt und benützen kann, wie z. B. Kleidung, Leibweißzeug ꝛc. leisten weder dem andern Ehegatten noch der Gemeinschaft etwas, und wäre dies auch, so folgt daraus noch lange nicht die Ersatzpflicht der Gemeinschaft für's Abgenützte.

c) Die Analogie mit dem L.R.S. 1851 ist nicht bindend, denn es ist ein großer Unterschied zwischen Ehe und Gesellschaft.

d) Eben so wenig sind die L.R.S. 1551 und 1552, welche für die zu den Nichtgemeinschaftsehen gehörige bewidmete Ehe aufgestellt sind, auf die Errungenschaftsgemeinschaft anwendbar, bei welcher jeder Beibringende das Eigenthum ausdrücklich vorbehält. Andres, was darin noch bestritten werden könnte, mag für jetzt auf sich beruhen.

k) Unter den wissenschaftlichen Autoritäten soll — da nicht von allen zum Theilungsgeschäft bestellten Notären ꝛc. das Lesen der Jahrbücher, Annalen ꝛc erwartet werden darf — hier nur noch der als Katechismus für dieselben anzusehende „Badische Rechtsfreund" von Rheinländer, Karlsr. 1830, angeführt werden, welcher Band I. pag. 116 enthält: „Wird im Ehevertrag festgesetzt, daß „nur die Errungenschaft die Gütergemeinschaft ausmachen „solle, so zieht jeder Gatte bei Auflösung der Gemein„schaft sein Beibringen, liegendes und fahrendes, „hinweg, jedoch muß er seine beigebrachten Schulden sich „davon abrechnen lassen, und es ist nichts gemeinschaft„lich, als was über Abzug der Rückforderungen sie vor„oder zurückgehauft haben."

Durch all Obiges dürfte außer allen Zweifel gestellt sein, daß bei Ehen nach der Errungenschaftsgemeinschaft das Beibringen nur im Stück und nicht der Geldanschlag dafür zurückverlangt werden kann, unbeschadet der Vergütungen, welche der eine oder der andere Ehegatte für in den Nutzen der Gemeinschaft oder zum ausschließlichen Vortheil des andern Ehegatten überlassene einzelne Stücke anzusprechen befugt ist.

Welche große Beschädigung durch Außerachtlassung dieser gesetzlichen Bestimmungen dem einen oder anderen Ehetheil zugehen kann, ist oben Bemerkung 3 ausführlich gezeigt.

Aber nicht blos für einen oder den andern Ehegatten oder seine Rechtsnachfolger kann die gegentheilige Behandlung verderblich werden, sondern vorzüglich für die Gläubiger der Gemeinschaft, weil bei der stets eintreten müssenden Werthsveränderung der gebrauchten Fahrnisse der Geldanschlag derselben bei dem Zeitpunkt des Beibringens den wirklichen Werth derselben bei Auflösung der Ehe bedeutend übersteigen, daher die Mittel zur Befriedigung der Gemeinschaftsgläubiger nothwendig beschränken wird und muß. Das Zurückgreifen auf das beigebrachte Vermögen des Mannes und nach L.R.S. 1521 a auch auf jenes der Frau wird aber immer wieder mit Weitläufigkeiten, Kosten und andern Nachtheilen verbunden sein, welche durch die gesetzmäßige Erledigung des Theilungsgeschäfts mittelst Ausscheidung der noch vorhandenen Beibringensfahrnißstücke von dem Gemeinschaftsvermögen und die Ueberweisung derselben an den Beibringenden ganz vermieden werden.

Geh. R. R. M.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. | No. 18. | Mannheim, 3. Mai 1851.

I.

Anmerkungen zu dem großh. bad. Gesetze über Einführung des Strafgesetzbuchs, des neuen Strafverfahrens und der Schwurgerichte. Von J. B. Bekk, großh. bad. Staatsrath. Karlsruhe 1851.

Unter diesem Titel ist mit dem Anfang des vorigen Monats eine Schrift erschienen, welche jedem, der mit der Anwendung der angeführten Gesetze zu thun hat, um so willkommener sein muß, je kürzer der Termin vom Erscheinen des kommentirten Gesetzes bis zum Eintreten seiner Wirksamkeit war und je mehr durch die in Folge der Revolution nothwendig gewordene fragmentarische Einführung der Strafprozeßordnung und Nichteinführung der neuen Gerichtsverfassung die mit der Anwendung neuer Gesetze von größerem Umfang ohnehin schon im Allgemeinen verbundenen Schwierigkeiten gesteigert werden. Niemand konnte zu einer solchen Arbeit mehr den Beruf haben, als der Herr Verfasser, welchem die genaueste Kenntniß der Entstehung dieser und der damit zusammenhängenden Gesetze zu Gebot steht; und es muß gerade dieser letztere Umstand der Schrift einen um so größern Werth verleihen, als bekanntlich die Diskussionen über die Kammerberathungen des letzten Landtags nicht gedruckt worden sind. *) Die „Anmerkungen" beleuchten auf 128. S. nach der Paragraphenfolge in gedrängter Kürze die Bestimmungen des in 147 Paragraphen zusammengefügten, den Kammern in 3 gesonderten Entwürfen (Einführungsedikt zum Strafgesetz und dem damit zusammenhängenden Gesetz über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen, Schwurgericht und Gesetz über das strafrechtliche Verfahren gegen Abwesende) vorgelegten Gesetzes, sowohl für sich betrachtet als in ihren Beziehungen zu den noch nicht eingeführten Theilen der neuen Strafgesetzgebung, und lösen mit Klarheit und dem dem Verfasser eigenen Scharfsinn, die sich darbietenden Zweifel und Schwierigkeiten. Wenn auch die Anwendung ohne Zweifel bald noch manche neue Controversen hervorrufen wird, so wird doch auch ihre richtige Entscheidung durch die mitgetheilten Erörterungen wesentlich gefördert werden.

*) Für größere Gesetze von nicht blos vorübergehender Wirksamkeit möchte diese Neuerung schwerlich ein wirklicher Gewinn sein.
D. E.

Näher in das Einzelne der Schrift einzugehen, liegt nicht im Zwecke dieser Anzeige, nur über einige der erheblichern Punkte möge jedoch eine kurze Andeutung erlaubt sein.

Das Gesetz bestimmt nicht näher, wer die Einleitung für die Abhaltung der Schwurgerichte zu treffen, sondern blos, daß solche vom Hofgericht auszugehen habe.

Der Herr Verfasser bemerkt S. 25 und gewiß mit vollem Recht, daß dies am passendsten von dem schon mit der Sache vertrauten Anklagesenat geschehe, wie dies auch nach dem franz. Code d'instruction der Fall ist. Ebenso scheint uns die Ansicht, daß die bei solcher stückweisen Einführung von Gesetzen fast unvermeidlichen Lücken aus den, wenn gleich noch nicht förmlich eingeführten Theilen der neuen Gesetze hülfsweise ergänzt werden dürfen, S. 32, durch überwiegende Gründe gerechtfertigt, wenn sich gleich allerdings formelle Bedenken dagegen erheben lassen. Ob (zu § 62) in dem Falle, wenn in einem Hofgerichtsbezirk an mehreren Orten Schwurgerichtssitzungen gehalten werden, jede Loosziehung aus allen 100 Geschwornen der reduzirten Liste (§. 60) in der vom Verfasser S. 42 dargestellten Weise statt finden müsse, so daß derselbe Geschworne an den verschiedenen Orten mitzuwirken haben könne, möchte zu bezweifeln und jedenfalls nur dann zu rechtfertigen sein, wenn bei der folgenden Bildung der

Geschwornenliste für die richtige Vertheilung der Arbeit der Geschworenen gehörig Sorge getragen wird. Der in den bemerkten Fall kommende Geschworne thut allerdings nicht mehr, als was er bei ungetheilter Kreisassise gethan haben würde (S. 43), aber der Geschworne, der nur für einen Assisenort vom Loos bestimmt wird, vollbringt nur halbsoviel und also im Verhältniß zum Andern weniger, und weniger als seine volle Aufgabe, wie sie das Gesetz (§. 64, No. 7) als Grund der Befreiung von den nächstfolgenden Assisen voraussetzt. Die einfachste und richtigste Verfahrungsweise, welche auch dem Zufall des Looses den vom Gesetz gewollten Antheil an der Bildung des Gerichts ungeschmälert erhält, scheint die zu sein, daß entweder in einem Akt zuerst die erforderliche Zahl von Geschwornen für den einen Assisenort und sofort aus dem Rest der 100 dieselbe Zahl für den andern Ort durchs Loos gezogen wird.

Bei solchen getrennten Assisen wird der einzelne Geschworne zwar nur kürzere Zeit functioniren dürfen, als in den Hofgerichtsbezirken, in welchen nur eine ungetrennte Assise statt findet, er wird aber bei Voraussetzung der Regelmäßigkeit der Trennung desto öfter an die Reihe kommen.

Von der größten Wichtigkeit für die gedeihliche Wirksamkeit der Schwurgerichte ist unstreitig die dem Präsidenten übertragene Handhabung der Polizei in dem Sitzungssaale und Leitung der Verhandlungen, wovon der Verfasser auf S. 75 handelt. Es liegt im Interesse der Gerechtigkeit sowohl als der Würde der Verhandlung, daß den Angeschuldigten und den Vertheidigern nicht gestattet werde, bei Erhebung der Beweise durch Ausführungen, Entwicklung ihrer politischen Theorieen 2c. störend in den Gang der Verhandlung einzugreifen und dadurch den richtigen Eindruck der Zeugenaussagen 2c. auf das Gemüth der Geschwornen zu schwächen oder zu verfälschen. Es bleibt dem Angeklagten am Schlusse der Debatten die ungeschmälerte Vertheidigung.

Besondere Aufmerksamkeit wendet der Verfasser S. 77 ff. der allerdings sehr wichtigen Fragestellung an die Geschwornen zu. Die scharfsinnige Ausführung, deren Richtigkeit an sich nicht zu bestreiten sein wird, ist ganz geeignet zu zeigen, wie sehr hierin Sorgfalt nöthig sei, um nicht die Geschwornen irre zu machen und einen unrichtigen Wahrspruch zu erhalten. Keinenfalls dürfte es räthlich sein, die Fragen in solcher Art zu stellen, daß es nöthig werden könnte, die Geschwornen aufmerksam zu machen, daß sie eine Frage als bejaht zu notiren haben, wenn sich nicht wenigstens zwei Drittheil für die Verneinung aussprechen (S. 89). Ich glaube daß bei einem Geschwornengericht der Richter wie der Gesetzgeber immer vor Augen haben müssen, daß man sich soviel möglich dem die Handlungen in ihrer Totalität auffassenden (darum aber nicht minder das Rechte findenden) schlichten Sinne des Bürgers akkommodiren solle, und von diesem Standpunkte aus wird wohl bei der Fragestellung am Sichersten und Einfachsten von folgender Anschauungsweise ausgegangen werden: Jedes Verbrechen hat, so wie es die Anklage dem Angeschuldigten zur Last legt, bestimmte Voraussetzungen zu seinem Dasein; erklären ²/₃ der Stimmen der Geschwornen dieselben als vorhanden, so wird das Schuldig, erklären nicht ²/₃ der Stimmen solche als vorhanden, so wird das Nichtschuldig ausgesprochen. Die Strafaufhebungs- und Milderungsgründe, z. B. Nothwehr, Zwang sind in ihrem Wesen nur die Negation jener Voraussetzungen. Wer diese letztere z. B. die Zurechnungsfähigkeit nicht annimmt, der wird sich eben nicht zum Schuldig verstehen; und so wird sich der Wahrspruch in der Regel leichter durch Verbindung der Merkmale des angeschuldigten Verbrechens als durch ihre Trennung ergeben.

Am Schlusse fügt der Verfasser S. 125 noch eine sehr beherzigenswerthe allgemeine Betrachtung bei, woraus wir folgende Stelle besonders der Beachtung empfehlen möchten: „Oft artet eine vermeintliche Gründlichkeit, die über lauter kleinen Einzelheiten den Kern der Sache übersieht, in eigene Unsicherheit und Hilfslosigkeit aus, und die vermeintliche strenge Gesetzlichkeit wird durch Wortklauberei, die den Geist und Zweck des Gesetzes aus dem Auge verliert, zur Unwahrheit, zur Pedanterei und zu materiellem Unrecht.“ In dieser Betrachtung stellt der Verfasser zur Beruhigung derer, welche von den neuen Gesetzen eine allzugroße Arbeitserschwerung für die Gerichte fürchten, S. 127, auch eine Vergleichung mit der Geschäftsthätigkeit der Gerichte der bair. Rheinpfalz an. Auch hierin im Wesentlichen einverstanden, glaubt jedoch der Referent, daß bei diesen den rheinbairischen Gerichten so günstigen Geschäftsresultaten doch auch die Befreiung derselben von der, dort den Anwälten überlassenen, zeitraubenden Prozeßleitung (welches natürlich einfache System zuletzt auch bei uns noch durchdringen wird) und ihre langjährige Uebung in Betracht zu ziehen

sei. Referent hegt deßhalb auch keine großen Hoffnungen von dem genügenden Gebrauch (S. 25), den unsere Gerichtshöfe von der ihnen im §. 35 des Gesetzes gegebenen Befugniß zur Anordnung mündlicher Verhandlung in der Uebergangsperiode machen werden. Es läßt sich erwarten, daß die zahlreichen Leser der angezeigten Schrift auch die dem Vernehmen nach dem Druck überlieferten, in Karlsruhe gehaltenen Vorlesungen des Herrn Verfassers über denselben Gegenstand als eine erwünschte Ergänzung oder Fortsetzung jener bereitwillig aufnehmen werden.

Zentner.

II.

XVIII.

Von der Unterschlagung (Tit. XXVII. des Str.-Ges.-B.)

§. 45.

„Wer das Objekt des Verbrechens aufsucht, verräth mehr Selbstthätigkeit und rechtswidrigen Willen,“ als derjenige, dem man die Sache vertrauensvoll in die Hände liefert. *) Es hat jedoch die Majorität der Commission der zweiten Kammer mit Recht darauf aufmerksam gemacht, daß bei diesem Verbrechen die Verletzung des besondern Vertrauens ein Moment sei, welches bei der Bestimmung des Strafmaaßes in die Wagschale gelegt werden muß. **)

Erwägt man ferner, daß der Verkehr zu seiner gedeihlichen Entfaltung eines ausgedehnten Vertrauens auf die Ehrlichkeit und Zuverlässigkeit Anderer bedarf; daß es hier dem Dispositionsberechtigten mit dem Verschließen und Bewachen der Sache, womit man dem Diebe meistens mit Erfolg entgegenwirkt, nicht gedient sein kann, sein Heil vielmehr größtentheils auf dem Schutze beruht, den ihm das Strafgesetz verleiht: so wird man keinen Anstand nehmen, der gemeinrechtlichen Praxis, welche die Unterschlagung milder als den einfachen Diebstahl bestrafte, seinen Beifall zu versagen, man wird dem Gesetzgeber Dank dafür wissen, daß er die Strafbarkeit der Unterschlagung jener des einfachen Diebstahls gleichstellt. Ein weit größeres Verdienst aber hat sich derselbe dadurch erworben, daß er eine feste, den Verhältnissen, welche die Zueignung anvertrauter Sachen als eine strafbare That erscheinen lassen, angemessene Begriffsbestimmung zu Stande brachte.

§. 400. „Wer fremde bewegliche Sachen, die ihm zur Bewahrung, oder Verwaltung, oder in Folge eines anderen, die Verbindlichkeit zu deren Zurückgabe oder Ablieferung begründenden Rechtsgeschäfts anvertraut oder übergeben worden sind, in der Absicht sich zueignet, sie dem zur Rückforderung Berechtigten ohne Ersatz zu entziehen, ist der Unterschlagung schuldig.“ *)

---

*) Henke a. a. O., 2. Th., §. 149, S. 450.

**) Bohm Commiss.-Ber. S. 18. Bemerk. des Abg. Welzel in der 96. Sitzung vom 26. Juni 1844, S. 248.

*) Daß die Lösung dieser Aufgabe nicht leicht war, ergibt sich aus dem Mangel an Uebereinstimmung der Doctrin und Praxis des gem. Rechts, ja selbst der neuern Gesetzgebung über den Umfang des Verbrechens und die Frage, wann dasselbe als vollendet anzusehen sei. Hepp über Begriff, Umfang und Eintheilung der Unterschlagung im Archiv des Crim.-R. n. F. Jahrg. 1850 S. 561.

Scholz Abh. über die Merkmale der Unterschlagung im Archiv des Crim.-R. n. F. 1840 S. 557—559.

v. Feuerbach a. a. O. §. 315a. Note 6 d. Herausgabe. Die Definition des Str.G.B. für das Großherzogthum Hessen (1841 Art. 379) stimmt mit jenem §. 400 unseres Str.G.B. überein, wenn man in diesem die Worte:

„ohne Ersatz,“

welche in der hessischen Strafbestimmung fehlen, wegläßt und bei „zueignet“ das Wort

„widerrechtlich“

beisetzt.

Hepp tadelt a. a. O., daß die badische Strafgesetzgebung zum Begriff der Unterschlagung „die Absicht der Entziehung ohne Ersatz“ erfordert und zwar ohne correspondirende That. „Hiernach“ (sagt er) „kann sich jeder Veruntreuer der Strafe entziehen, wenn er nur die Absicht der Ersatzleistung hat. Eine herrliche Moral, die dem Volke gegeben wird.“

Ich kann zwar darin, daß z. B. ein reicher Kaufmann den ihm in Sechskreuzerstücken anvertrauten Betrag von 10 fl. zu Zahlungen für sich angreift in der Absicht, das Depositum im Falle der Rückforderung in groben Geldsorten zu restituiren, nicht den entferntesten Verstoß gegen die Moral erblicken; gleichwohl finde ich den Beisatz: „ohne Ersatz“ (zumal bei der Zueignung nicht fungibiler Sachen) so bedenklich, daß ich der Definition des hessischen Str.G.B. unbedingt den Vorzug gebe.

1. Von der eigentlichen Unterschlagung.

Thatbestand.

Die Merkmale dieses Verbrechens bestehen also darin:

1) Objekt desselben sind: fremde, bewegliche Sachen.*)
2) Subject des Verbrechens ist derjenige, der in Folge eines Rechtsgeschäftes, welches ihm die Verbindlichkeit zur Zurückgabe oder Ablieferung auferlegt, den Besitz erlangte.
3) Widerrechtliche Zueignung der auf solche Weise anvertrauten Sache.
4) Die Absicht, solche dem Rückforderungsberechtigten ohne Ersatz zu entziehen.

Dieß ist der Thatbestand der eigentlichen Unterschlagung.

Es kommen aber in diesem Titel noch weitere strafbare Uebertretungen vor, welche mit dem Verbrechen des Diebstahles und der Unterschlagung verwandt sind, ohne unter den Begriff des einen oder des andern derselben zu fallen und die sich als uneigentliche Unterschlagungen bezeichnen lassen. Von diesen wird in §. 48 d. Schr. die Rede sein.

§. 46.

Zu 1 §. 45. Die Unterschlagung hat dieses Merkmal mit dem Diebstahl gemein. Das Gesetz will auch hier die Sache (beziehungsweise deren Werth) nicht den Gebrauch derselben sicher stellen. Es setzt nicht minder voraus, daß das anvertraute Gut einen gemeinen Werth habe. Die in Bezug auf den Diebstahl in den §§. 378 bis 380 aufgestellten Bestimmungen gelten auch von der Unterschlagung. (§. 403 und 406 d. Str.G.B.)

---

*) Seine eigene Sache kann man nicht unterschlagen, den Fall, da Jemand seine Sache dem Beschlag heimlicher Weise entzieht, hat das Gesetzbuch als Betrug behandelt. (§. 462 d. Str.G.B.) Desgleichen die Entziehung einer eigenen zum Faustpfand gegebenen oder in fremder Inhabung befindlichen Sache. (§. 463 und 464 das.)

Anders verhält es sich hinsichtlich der §. 989 Abs. 2 und §. 1010 Abs. 2 der P.O. gedachten Fälle der Entziehung gepfändeter Gegenstände.

Diese fallen der Competenz des Civilrichters anheim. Sie unterscheiden sich von den oben angeführten Fällen überdieß in Ansehung des Gesichtspunktes, von welchem der Gesetzgeber ausging. Durch die §§. 462 — 464 des Str.G.B. soll der Beeinträchtigung der Vermögensrechte Anderer, durch die §§. 989 und 1010 der P.O. der Beeinträchtigung der Justiz mittelst Verletzung der der Vollstreckungsbehörde angelobten Treue entgegengewirkt werden.

Zu 2 §. 45. Man kann die Sache nicht unterschlagen, wenn man sich nicht im vollständigen Besitze derselben befindet.*)

Die Rechtsgeschäfte, welche man bei der Redaktion vorzugsweise in's Auge faßte, sind: a) die Abgabe von Sachen an Handwerker Behufs deren Verarbeitung, b) der Hinterlegungsvertrag, c) der Leihvertrag, (Comodatum) d) der Faustpfandvertrag, e) der Auftragsvertrag.**)

Zu 3 §. 45. Die Zueignung geschieht dadurch, daß man über die Sache Verfügungen trifft, welche nur dem Eigenthümer (beziehungsweise Rückforderungsberechtigten) zustehen können. Die a) vertretbaren Sachen eignet man sich zu, indem man sie verbraucht oder sonst zu seinem Nutzen verwendet; b) die nicht vertretbaren, indem man sie veräußert, verkauft, verpfändet, verschenkt &c.

Verbindet man mit der Zueignung den Zweck der Zerstörung oder Beschädigung aus Bosheit, Rachsucht oder

---

*) „Mit Unrecht würde man z. B. in dem in den Annalen der bad. Gerichte von 1834 No. 30 und 56 besprochenen Falle, wo gemiethete Taglöhner aus der Scheune des Garbeneigenthümers während des Dreschens sich Garben zueigneten, eine Unterschlagung annehmen. Ebenso fallen die Entwendungen der Dienstboten, wenn ihnen gleich der Zugang zu den entwendeten Gegenständen gestattet und ihnen vielleicht auch noch die Aufsicht über dieselbe anvertraut war, nicht unter den Begriff der Unterschlagung, sondern unter den des Diebstahls, wenn die Dienstherrschaft nicht zuvor sich des Besitzes der Sache begeben und diese in den Besitz der Dienstboten übergeben hat."

Bohm Com.-Ber. S. 16 und Feuerbach a. a. O. §. 315a.

Vergl. §. 43 zu 2 §. 42 d. Schr. Mittermaier Abh. im Archiv des Crim.-R. 6. C. 1 Abth. S. 18 und 20. Str.G.B. §. 701 und 702. Die Unterschlagungen der Postbeamten und öffentlichen Boten betreffend.

**) Bohm Com.-Ber. S. 17.

Auch der Geschäftsführung (Negot. gestio) dürfte hier Erwähnung geschehen. Sie ist ein Rechtsgeschäft, welches dem Geschäftsführer nicht minder wie dem Depositar den rechtmäßigen Besitz der Sache verschafft und ihm die gleiche Verbindlichkeit auferlegt. Verleiht das Strafgesetz dem Auftraggeber Schutz gegen die Unredlichkeit des Auftragnehmers, so wird es dem Geschäftsherrn seine Theilnahme um so weniger versagen, da sie diesem das „Trau! Schau! wem" nicht entgegen halten kann.

Der Mangel des Consenses wird bei der Geschäftsführung durch das Civilrecht ersetzt, welches den Geschäftsführer zur Wegnahme der Sache (z. B. beim Brande in der Absicht, sie dem Eigenthümer zu retten) autorisirt.

Es läßt sich hiernach nicht bestreiten, daß die widerrechtliche Zueignung von Sachen, deren Besitz man sich in Folge der Geschäftsführung verschafft hat, unter den Fällen mitbegriffen sei, welche der §. 400 des Str.G.B. mit Strafe bedroht. (Vergl. §. 47 d. Sch.)

aus Eigennutz, so begeht man ein anderes Verbrechen. (§. 570 d. Str.G B.)

Nicht jede widerrechtliche Zueignung genügt zu der Unterschlagung, da zum Thatbestande noch das weitere Merkmal der verbrecherischen Absicht gehört; aber jede nach dem Civilrecht gültige Zueignung (z. B. die Zueignung der in Folge eines Darlehens (mutuum) übergebenen vertretbaren Sachen oder die Zueignung anvertrauter Sachen mit Einwilligung desjenigen, dem die rechtliche Herrschaft darüber zusteht oder die Zueignung eines Depositums von Seite eines Depositars, dem der Deponent ebensoviel schuldet, so zwar, daß einer Rückforderung von Seite des Letztern die Einrede der Compensation entgegensteht), hebt den Begriff des Verbrechens auf. (M. v. §. 6 Note**) d. Schr.)

Es ist insbesondere nicht die Zueignung, sondern die Absicht, das Zugeignete dem Rückforderungsberechtigten ohne Ersatz zu entziehen, jenes Merkmal, welches den Schlußstein des verbrecherischen Unternehmens bildet.*)

Zu 4 §. 45. Bei dem Diebstahl wird die Sache mit der Besitzergreifung entzogen, bei der Unterschlagung mit der Zueignung. Die Besitzergreifung beim Diebstahl hat die Zueignung, die Zueignung bei der Unterschlagung die Entziehung der Sache mit der Absicht, dem Eigenthümer keinen Ersatz zu leisten, zum Zwecke.

Nicht selten entzieht man anvertraute Sachen durch Zueignung derselben dem Berechtigten in der Absicht, sie, wenn der Zeitpunkt zu deren Zurückgabe oder Ablieferung eintritt, zu ersetzen, häufiger noch in der entschiedenen Absicht, keinen Ersatz zu leisten.

Das Gesetz will nur die letzte Art der Zueignung mit Strafe bedrohen.

Wenn nun gleichwohl die bezeichnete Absicht auch den anim. lucri fac. in sich schließt, weil beide so eng mit einander verbunden sind, daß sie sich nicht trennen lassen,

*) Darum ist es auch unrichtig, von einer absichtlich widerrechtlichen Zueignung als dem Merkmale zu sprechen, womit das Verbrechen der Unterschlagung als vollendet anzunehmen sei. Motive zu §. 361 d. Entw. sub III. S. 108.

Die Zueignung ist für die Frage der Vollendung nur in so fern entscheidend, als die verbrecherische Absicht: die Sache ohne Ersatz zu entziehen, damit in Verbindung steht. (M. v. §. 43 der Schr.)

so liegt doch darin, daß das Gesetz die als verbrecherisch bezeichnete Absicht bei der Unterschlagung unter gewissen Voraussetzungen für erwiesen annimmt und das Vorhandensein des Thatbestandes nicht von der Frage: wollte (z. B.) der Depositar die Sache dem Eigenthümer entziehen, sondern von der Frage: wollte er solche ersetzen, als dem die Strafbarkeit bedingenden Momente, abhängig macht, etwas Eigenthümliches, wodurch sich das eine bei der Unterschlagung maßgebende subjective Erforderniß von jenem bei dem Diebstahl ausgedrückten unterscheidet.*) Es verordnen nämlich die §§. 401 und 402 d. Str.G.B.:

> §. 401. „Wider den Inhaber, welcher dem zur Abforderung Berechtigten wissentlich wahrheitswidrig das Rechtsgeschäft oder den Empfang der Sache, zu deren Zurückgabe oder Ablieferung er verpflichtet ist, abgeläugnet hat, gilt die Vermuthung der absichtlichen, die Unterschlagung bedingenden, Zueignung, in so fern sich nicht aus den Umständen des einzelnen Falles etwas Anderes ergibt."

> §. 402. „Die nämliche Vermuthung spricht gegen den Empfänger der Sache, wenn er, ohne die Mittel zum Ersatze zu haben oder mit Sicherheit vorauszusehen, daß er sie zur Zeit, wo der Ersatz erfolgen sollte, haben werde, die Sache verbraucht oder veräußert hat und auf erfolgte Zurückforderung, sie wieder herbeizuschaffen, oder zu ersetzen, oder den Berechtigten in anderer Weise zufrieden zu stellen, nicht vermögend ist."

Setzen wir den Fall: A. deponirt bei B. die baare Summe von 1000 fl. Dieser ist ganz mittellos und kann auch mit Sicherheit nicht voraussehen, daß er die Mittel zur Zeit, wo der Ersatz geleistet werden soll, haben werde. Dessen ungeachtet enthebt er sich der Beschwerlichkeit der Bewahrung, indem er das Depositum dem Handelsmann C. gegen eine Handschrift überläßt, wodurch letzterer sich

*) Selbst der Abgeordnete Duttlinger, welcher — mit Ausnahme der Besitzergreifung — zur Unterschlagung alles das verlangt, was zum Diebstahl gehört, gibt bezüglich auf die Absicht eine Abweichung zu. Dieselbe soll darin bestehen, daß die gewinnsüchtige Absicht näher bestimmt wurde. (Discus. d. 2. Kammer 1840 74. Sitzung.)

verbindlich macht, das verzinsliche Darlehen auf Anmelden des B. zurückzubezahlen. Nun tritt der Zeitpunkt der Zurückgabe ein. B. hat nichts; C. dessen Vermögensverhältnisse schon zur Zeit der Zueignung des Depositums mißlich standen, ist zahlungsunfähig. A. verliert sohin die dem B. anvertraute Summe, und dieser kann weder die Thatsachen, welche die gesetzliche Vermuthung begründen, daß er die Sache ohne Ersatz entziehen wollte, in Abrede stellen, noch die Vermuthung durch den Beweis des Gegentheils entkräften. Es trifft ihn also die Strafe der Unterschlagung, obschon er sich die Sache nicht in gewinnsüchtiger Absicht zueignete.

Bestände dagegen das Depositum in Gold und er hätte solches an einen Liebhaber für 1200 fl. veräußert, sofort den Mehrbetrag per 200 fl. eingesteckt, so hätte er augenscheinlich in gewinnsüchtiger Absicht gehandelt und sich dennoch der Unterschlagung nicht schuldig gemacht, denn er hat ja nichts gethan, was die im Gesetz ausgedrückte Absicht:

die Sache ohne Ersatz zu entziehen,

verrathen könnte. Ich setze dabei voraus, daß Gold- und Silbergeld in gleichem Curse standen.

Zerstört oder beschädiget der Inhaber die anvertraute Sache, so wird hierdurch der animus rem sibi habendi aufgehoben, die Zueignung fällt weg (§. 43 zu 4 §. 42 d. Schr.) und die That geht in ein anderes Verbrechen über.

Eignet man sich die Sache in erlaubter Absicht zu, z. B. um sie vor dem Verderben zu retten, oder sie der Nachstellung von Dieben, welcher sie in den Händen ihres Inhabers ausgesetzt ist, zu entziehen, so schließt man damit die verbrecherische Absicht aus.*)

§. 47.

Vollendung.

Das Verbrechen wird durch die Zueignung der Sache in verbrecherischer Absicht vollendet.

Die Unterschlagung unterscheidet sich aber von dem Diebstahl nicht blos durch die Art und Weise, wie man den Besitz einer fremden Sache erlangt, sondern dadurch, daß mit der Zueignung die Absicht verknüpft sein muß, die Sache dem Eigenthümer ohne Ersatz zu entziehen, sondern auch in Hinsicht der gesetzlichen Voraussetzungen, auf welchen die Vollendung des Verbrechens beruht.

Es fragt sich nämlich:

Ist zur Vollendung das wirkliche Entziehen oder der wirkliche Verlust der anvertrauten Sache (beziehungsweise ihres Werthes, denn das Gesetz verleiht nur diesem seinen Schutz) nothwendig?*)

Und hier müssen drei Fälle unterschieden werden:

1) Der Beweis der Zueignung in verbrecherischer Absicht ist, sei es nun durch Geständniß oder durch Schlußfolgerung aus erwiesenen Thatsachen vollständig hergestellt, so zwar, daß es einer Berufung auf die gesetzlichen Vermuthungsgründe nicht bedarf.
2) Oder es sind nur jene Thatsachen erwiesen, welche die §. 401 aufgestellte Vermuthung begründen, ohne daß aus den Umständen des einzelnen Falles etwas Anderes sich ergibt.
3) Oder der Fall eignet sich zur Subsumtion unter den §. 402 d. Str.G.B.

In den ersten beiden Fällen ist es durchaus nicht nothwendig, daß die Sache dem Rückforderungsberechtigten ohne Ersatz entzogen sei, in dem dritten Falle ist

a) nicht nur diese Folge, (beziehungsweise die Thatsache, daß der Angeschuldigte unvermögend ist, den Berechtigten auf irgend eine Weise zufrieden zu stellen) sondern es ist noch weiter erforderlich, daß er zur Zeit der Zueignung
b) die Mittel zum Ersatze weder hatte, noch mit Zuversicht voraussehen konnte, daß

---

*) „Es können (bemerkt Bohm in seinem Com.-Ber.) Fälle vorkommen, wo Jemand in der besten Absicht sich die Sache aneignet und wo es wahrer Zufall ist, daß später eine Beschädigung eintritt. Einen solchen kann man wegen des Zufalls nicht bestrafen."

*) Scholz a. a. O. S. 543 hebt zwei Momente als vornehmlich beachtenswerth hervor: 1) die Absicht des wirklichen Aneignens, 2) den wirklichen Verlust oder das Entziehen, ohne dafür Ersatz leisten zu können. Es hängt jedoch dieses „Können" von so vielen zufälligen, von dem Willen des Thäters unabhängigen Umständen ab, daß es keinen Bestimmungsgrund für die Strafbarkeit abgeben kann, insofern man dasselbe nicht mit der Willensrichtung des Inhabers dadurch in Verbindung bringt, daß man von seiner Seite die Absicht eines solchen Entziehens verlangt und diesem Erforderniß die geeignete thatsächliche Unterlage gibt. Es sind hiernach nicht nur zwei, sondern vielmehr drei beachtenswerthe Momente hervorzuheben. Sie bestehen: 1) in der durch ein Rechtsgeschäft, welches zur Zurückgabe verpflichtet, erlangten Inhabung der Sache. 2) In der Thatsache der widerrechtlichen Zueignung des anvertrauten Gutes. 3) In der damit verbundenen Absicht, die Sache dem Rückforderungsberechtigten ohne Ersatz zu entziehen.

er sie zur Zeit, wo er den Ersatz leisten sollte, haben werde.

Das Gesetz hat einmal seine Vermuthung auf zwei Vordersätze gebaut; es hat diese Vordersätze durch das Bindewort „und" verbunden; die Zueignung bleibt daher straflos, wenn nur einer derselben nicht vorliegt.*)

Bei der Schwierigkeit, die verbrecherische Absicht in Unterschlagungsfällen zu beweisen, mußte der Gesetzgeber dem Richter mit Rechtsvermuthungen zu Hilfe kommen, wenn er anders das Gesetz aufrecht erhalten und die Bestrafung des Verbrechens nicht von der schwankenden Ansicht der Gerichte abhängig machen wollte.

Da die Unterschlagung (den Fall der Erschwerung §. 404 No. 2 ausgenommen) nicht von Amtswegen untersucht und bestraft wird, so dürfte überall wo die Ersatzleistung wirklich erfolgt, die Anzeige, mithin auch die strafrechtliche Verfolgung selbst in jenen Fällen, bei welchen es auf die Frage des Ersatzes keineswegs ankömmt, unterbleiben. (§. 405 d. Str.G.B.) **)

§. 48.

Die Bestimmungen §. 388—397, welche vom Diebstahl unter Ehegatten und an Abkömmlingen, ferner vom Familien- und Hausdiebstahl, endlich von der Entwendung von Eßwaaren, Feld und Gartenfrüchten handeln, sind auch auf die Unterschlagung anwendbar. (§. 406 des Str.G.B.)

Die Bestimmung § 395, nach welcher die Zurückgabe oder die Leistung des vollen Ersatzes vor dem obrigkeitlichen Einschreiten eine Herabsetzung der Diebstahlsstrafe auf $\frac{1}{3}$ wirkt, kann natürlich nur in den Fällen zur Anwendung kommen, wo sich das Verbrechen der Unterschlagung als vollendet darstellt. (§. 47, 1 u. 2 d. Schr.)

II. Fälle der uneigentlichen Unterschlagung.

Außerdem werden noch Fälle hierhergezogen, welche nicht als Unterschlagungen im Sinne des §. 400 zu bezeichnen sind und nur das negative Merkmal der „Nichtentsetzung des Berechtigten aus der Detention" mit der eigentlichen Unterschlagung gemein haben, während das positive Merkmal des Anvertrauens dieser letzten Unterschlagung ausschließlich zukömmt.

Hierher gehören:

1) die widerrechtliche Zueignung von fremden Sachen, die man
   a) gefunden hat, oder in deren Besitz man
   b) zufällig, z. B. durch Verwechslung, kömmt.
2) Die Verheimlichung eines Schatzes (den man auf fremdem oder gemeinschaftlichem Grund und Boden gefunden hat) in der Absicht, den Antheil des Eigenthümers oder Miteigenthümers sich widerrechtlich zuzueignen. (§. 407—409 d. Str.G.B.)*)

---

*) Von einer Unterscheidung zwischen fungiblen und nicht fungiblen Sachen kann nach den Bestimmungen unseres Strafrechtes die Rede nicht sein. Der Thäter hatte bei der Zueignung die Absicht, dem Berechtigten den Ersatz zu leisten oder er hatte die Absicht, sie demselben ohne Ersatz zu entziehen. Im ersten Fall liegt keine Unterschlagung vor; im zweiten Falle würde es der Gerechtigkeit nicht entsprechen, ihn von der Strafe zu befreien, weil er nach vollbrachter That sich eines bessern besinnt oder weil ihm vielleicht der Zufall die Mittel zur Ersatzleistung in die Hände spielt und der Umstand, daß er fungible Sachen unterschlug, die volle Zufriedenstellung des Berechtigten erleichtert.

**) §. 404. „Als besondere Erschwerungsgründe, bei deren Dasein die sonst verschuldete Strafe bis um ein Jahr in der nämlichen Strafart zu erhöhen ist, sind bei der Unterschlagung folgende Umstände anzusehen:

1) wenn dieselbe an Sachen verübt ist, deren Hinterlegung durch Feuersbrunst oder eine andere Noth (L.R.S. 1949) veranlaßt wurde;
2) Wenn die Unterschlagung von Vormündern, Pflegern oder Erziehern am Vermögen ihrer Mündel, Pflegbefohlenen oder Zöglinge verübt ist, oder von öffentlichen Boten an den ihnen anvertrauten Sachen, oder von gerichtlich bestellten oder bestätigten Masse- oder Güterpflegern oder Hütern, oder anderen obrigkeitlich bestellten oder bestätigten Verwaltern oder Geschäftsführern an Gegenständen, die zur Masseverwaltung oder Geschäftsführung gehören."

(Vergl. die §§. 701 und 702 d. Str.G.B.)

*) Unser Str.G.B. hat es für gut gefunden, über diese widerrechtliche Zueignung von Sachen, welche weder anvertraut noch übergeben sind, deren Besitz man also nicht in Folge eines Vertragsverhältnisses, also nicht in Folge des Anvertrauens, sondern auf andere Weise erlangt hat, besondere Strafbestimmungen zu erlassen und solche den Strafbestimmungen über die Unterschlagung anzureihen, während das Crim.Ges.B. für das Herzogthum Braunschweig (1840 §. 220) und der Entwurf eines Str.G.B. für das Königreich Würtemberg (18 6 Art. 325) den Begriff der Unterschlagung auf die widerrechtliche Zueignung aller fremden, beweglichen Sachen, in deren Besitz man sich befindet, ausdehnen, gleichviel, ob man durch ein Rechtsgeschäft, oder in Folge eines Zufalles, oder weil man sie gefunden hat, zu dem Besitze derselben gekommen ist. Das Str.G.B. für das Königreich Würtemberg v. J. 1839 verordnet Art. 348: „Hat sich der Finder einer Sache, deren Werth mehr als 5 fl. beträgt, dieselbe widerrechtlich zugeeignet, so treten gegen ihn die Strafen der Unterschlagung, jedoch mit der Milderung ein, daß die Dauer der Freiheitsstrafe auf die Hälfte herabgesetzt wird." Der §. 407 unseres Str.G.B. belegt nicht nur den Finder, sondern auch den, der die Sache durch Zufall in den Besitz bekömmt, mit der

III.

Die im §. 1066 der Pr.O. bestimmte Haftungsverbindlichkeit des Steigerers für den bei der Wiederversteigerung sich ergebenden Mindererlös hat zwar den rechtlichen Charakter der Entschädigung, die Einklagung bedarf aber der vorausgehenden Setzung in Verzug nicht.

(Oberhofgerichtliche Entscheidung vom 3. April 1851, I. Sen.)

Bächle'sche Gant gegen Paul Bächle.

Die M. Bächle'sche Gantmasse klagte gegen Paul Bächle als Liegenschaftssteigerer einen Mindererlös von 950 fl. ein, der sich bei der auf §. 1063 der Pr. O. gegründeten Wiederversteigerung ergeben hatte. Das Amt wies die Klage wegen Mangels der vorherigen Setzung in Verzug ab. Das Hofgericht dagegen nahm die Nothwendigkeit der Setzung in Vorzug nicht an, weil ihm der streitige Mindererlös als ein Theil des im Uebrigen durch die Wiederversteigerung aufgelösten Kaufvertrags zwischen der Gantmasse und dem Beklagten, die Klage also auf theilweise Vertragserfüllung gehend erschien.

Das Oberhofgericht bestätigte das hofgerichtliche Erkenntniß, jedoch aus andern Gründen. Man theilte die hofgerichtliche Ansicht, wornach der eingeklagte Mindererlös als Theil der Kaufvertrags-Verbindlichkeit des Beklagten betrachtet wird, nicht, sah den vom Beklagten eingegangenen Kauf vielmehr als durch die Wiederversteigerung völlig aufgelöst und die durch §. 1066 bestimmte Haftungsverbindlichkeit des Beklagten als Entschädigungspflicht im Sinne des L.R.S. 1142, die Klage somit als eine Entschädigungsklage an. Man ging aber davon aus, daß der L.R.S. 1146 hier deßhalb nicht anwendbar sei, weil das Gesetz, §§. 1063, 1066 u. 1067 der Pr.O., für Fälle dieser Art die Verbindlichkeit und den Nachsichtsanspruch des in Erfüllung seiner Obliegenheit säumigen Steigerers erschöpfend bestimmt habe und es ein nicht gerechtfertigter, der vom Gesetzgeber beabsichtigten Beschleunigung des Vollstreckungsverfahrens geradezu widersprechender Verschleif wäre, wenn man neben der in §. 1067 der Pr.O. dem Steigerer eingeräumten Befugniß ihm noch den weitern Schutz des L.R.S. 1146, dessen Stelle hier unverkennbar der obenerwähnte §. der Pr.O. vertrete, gewähren würde. *)

Zentner.

Hälfte der für die Unterschlagung bestimmten Strafe. Derselbe besagt: „Wer eine fremde Sache findet, oder sonst zufällig in den Besitz einer fremden Sache kömmt, ist der Unterschlagung schuldig, und wird in den Fällen des §. 403 No. 1 und 2 von der Hälfte der dort gedrohten Strafen, in den Fällen No. 3 von Kreisgefängniß nicht unter drei Monaten, oder Arbeitshaus bis zu zwei Jahren getroffen:

1) wenn er dem Eigenthümer, oder dem, welcher die Sache verloren hat, auf dessen Anmelden es verschweigt oder abläugnet, die Sache gefunden, oder in Besitz bekommen zu haben; oder
2) wenn er, nachdem ihm der Eigenthümer, oder der Verlierende bereits auf andere Weise bekannt geworden, oder eine öffentliche Aufforderung an den Finder zu seiner Kenntniß gekommen war, die Sache nicht zurückgegeben, sondern sie in der Absicht, sich dieselbe ohne Ersatz zuzueignen, verborgen gehalten, verbraucht oder veräußert hat; oder
3) wenn er in Fällen, wo ihm der Eigenthümer, oder der Verlierende unbekannt ist, die Sache, ohne vorher den Fund, oder den sonst zufällig erlangten Besitz der Obrigkeit angezeigt, oder öffentlich bekannt gemacht zu haben, oder vor Ablauf von drei Monaten, von solcher Anzeige oder Bekanntmachung an gerechnet unter Umständen der im §. 402 bezeichneten Art verbraucht oder veräußert hat und den Berechtigten dann, auf erfolgte Zurückforderung, zufrieden zu stellen, nicht vermögend ist.“ Es ist aber nicht der Zufall, der mir die Sache in die Hände spielt, wenn ich ein zufälliges Ereigniß, z. B. die Abwesenheit des Eigenthümers oder einen Brand benütze, um die Sache hinwegzunehmen und mir zuzueignen.

*) Der Gesetzgeber hat durch diese Vorschriften über die Wiederversteigerung, welche nicht als ein Ingriff gegen den Steigerer, somit auch nicht als eine erste Versteigerung betrachtet werden darf, sondern eine erneuerte (zweite) Versteigerung gegen den ursprünglichen Schuldner ist, die Rücksichten gegen den Gläubiger und den (neuen) Schuldner (Steigerer) auf eine ganz angemessene Weise vereinigt. Vergl. den Comm.-Bericht der 2. Kammer hiezu und zu §. 1066.

D. E.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. No. 19. Mannheim, 10. Mai 1851.

I.

Oberhofgericht.

1) Die Benennungen „Herausgeber" und „Redacteur" sind gleichbedeutend.
2) Nicht der factische, sondern nur der verantwortliche Redacteur einer Zeitung oder Zeitschrift ist für den Inhalt derselben haftbar.
3) In keinem Falle haften Verleger und Drucker statt des greifbaren Redacteurs.

Notorisch wurde die „Oberrheinische Zeitung," welche im Druck und Verlag von A. Emmerling zu Freiburg erschien, von dem pensionirten Oberamtmann Stehle redigirt, während der Polizeibehörde ein gewisser Dominik Schreiber als „verantwortlicher Redacteur" bezeichnet war.

Nach Bewältigung der Revolution erhob der großh. Staatsanwalt gegen den flüchtigen Fr. Stehle eine Anklage, worin derselbe theils als Verfasser, theils als Redacteur wegen mehrerer Artikel der Theilnahme am Hochverrath bezüchtigt wurde. Darauf erfolgte am 10. September 1850 ein hofgerichtliches Urtheil des Inhalts:

„Es sei, unter Verwerfung der Anklage, soweit sie den Angeklagten als Redacteur der Oberrheinischen Zeitung verfolge, der Angeklagte der Theilnahme an dem letzten hochverrätherischen Aufruhre, der Aufforderung zu Gewaltthätigkeiten und der Schmähung der Regierung für schuldig zu erkennen 2c."

Die hierher bezüglichen Entscheidungsgründe über die Frage der Verantwortlichkeit lauten dahin:

„In Erwägung, daß die Anklage in dem ersten Gesichtspunkte, so weit sie nämlich den Angeklagten als Redacteur der Oberrheinischen Zeitung bezeichnet, als verwerflich erscheint.

In Erwägung nämlich, daß der §. 25 des Preßgesetzes bei den Personen, welche wegen Mitwirkung zum Erscheinen einer sträflichen Druckschrift in der Reihenfolge, in welcher dieselben verantwortlich sein sollen, und somit wegen Preßvergehen verfolgt werden können, unter Ziff. 2 zwar auch den Herausgeber aufführt, darunter jedoch, wie eine Vergleichung dieser Bestimmung mit den §§. 6 ff. und 27 des Gesetzes außer Zweifel setzt, nur jene Person versteht, die sich schon bei der Gründung und Herausgabe einer Zeitung der Polizeibehörde als verantwortlicher Redacteur darzustellen und hiermit alle Pflichten auf sich zu nehmen hat, welche das Gesetz der als Redacteur bezeichneten Person überhaupt auflegt.

In Erwägung, daß hiernach das Gesetz ohne Unterscheidung zwischen einem Redacteur, der sich als solcher darstellt, und einer andern Person, welche etwa die Geschäfte dieses Redacteurs besorgt, alle Haftbarkeit jenem auferlegt, welcher sich als Redacteur in Entsprechung der gesetzlichen Bestimmungen darstellte, so daß der etwaige faktische Redacteur rechtlich nicht in dieser Eigenschaft, sondern nur etwa als Verfasser oder in einer andern der unter Ziffer 3 bis 5 des §. 25 gedachten Eigenschaften verantwortlich gemacht werden kann 2c.

Das hofgerichtliche Urtheil erhielt unterm 24. März 1851 die oberhofgerichtliche Bestätigung.

Auch A. Emmerling ward wegen Theilnahme an Hochverrath zur Verantwortung gezogen. Es trat jedoch hiebei nicht das preßgesetzliche, sondern das durch §. 2 des prov. Preßgesetzes vom 1. August 1849 geordnete Untersuchungsverfahren ein, weil Emmerling beschuldigt war, sich noch in anderer Form als durch die Presse an dem hochverrätherischen Aufruhr betheiligt zu haben.

Von den mehreren Anschuldigungen fand aber das großh. Hofgericht nur die begründet, daß Emmerling als Verleger und Drucker der Oberrheinischen Zeitung zum Erscheinen hochverrätherischer Artikel mitgewirkt habe.

Ein hofgerichtliches Erkenntniß vom 17. Sept. 1850 verurtheilte ihn, ebenso wie jenes vom 10. Sept. den Fr. Stehle, wegen Theilnahme am Hochverrathe zu einer Zuchthausstrafe von 6 Jahren mit sammtverbindlicher Haftbarkeit für den durch die Revolution dem Staate zugefügten Schaden und zur Tragung der Kosten.

Die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe begründen dessen Haftbarkeit in folgender Weise:

„Nach dem §. 27 des Preßgesetzes ist der verantwortliche Redacteur für den Inhalt der Zeitungen und Zeitschriften unter allen Umständen haftbar, in so fern er nicht seine volle Schuldlosigkeit darzuthun vermag. Hieraus folgt, daß der Redacteur nicht nur neben andern nach §. 25 des Preßgesetzes haftbaren Personen belangt werden kann, sondern daß insbesondere die in §. 25 festgesetzte Reihenfolge der Verantwortlichkeit auf ihn keine Anwendung findet und dieß zwar hauptsächlich deßhalb, weil der Redacteur als eine von dem im §. 25 Abs. 2 gedachten Herausgeber **ganz verschiedene Person** zu erachten ist. Hiernach und da — mit Ausnahme weniger Artikel — weder ein Verfasser noch ein Herausgeber im Sinne des §. 25 des Pr.G. vom Angeklagten dargestellt, oder sonst ermittelt worden ist, unterliegt es keinem Zweifel, daß der Angeklagte in der dritten Ordnung als Verleger zur Verantwortung gezogen werden kann."

Emmerling ergriff den Recurs. Sein Anwalt suchte aus den §§. 13, 25, 30 und 31 des Pr.G. verglichen mit Art. 8 der Vollzugsverordnung vom 13. Februar 1832 (Reg.-Bl. No. 9) zu deduciren, daß der Redacteur einer Zeitung oder Zeitschrift mit dem Herausgeber anderer Druckschriften identisch und daher der Letztere keine von jenem verschiedene Person sei. Der §. 27 des Pr.G. führe daher in die Reihe der bei Druckschriften haftbaren Personen nicht eine ganz neue Person ein, sondern er enthalte nur in Bezug auf Zeitungen und Zeitschriften im Gegensatze zu anderen Druckschriften eine singuläre Bestimmung, wonach eine schon aus dem §. 25 bekannte Person, nämlich der Herausgeber einer Zeitung oder Zeitschrift (welchen man deren Redacteur zu nennen pflege) jedenfalls hafte, und sich nicht dadurch frei machen könne, daß er den Verfasser darstelle, wie ihm dieß bei Druckschriften anderer Art nach §. 25 des Pr.G. gestattet sei.

Das dem ganzen Gesetz zu Grunde liegende Princip bestehe darin, daß die verschiedenen Personen, welche zur Hervorbringung einer Druckschrift beitragen, nicht simultan, sondern successiv haften sollen. Die Absicht des Gesetzgebers gehe dahin, daß immer nur eine Person von der Strafe getroffen werde.*) Jedenfalls sei so viel außer Zweifel, daß der Verleger oder Drucker niemals neben dem Herausgeber (Redacteur) oder statt desselben eine Verantwortlichkeit zu übernehmen habe, indem bezüglich auf den Verleger und Drucker eine das Princip des §. 25 aufhebende Ausnahmsbestimmung nirgends existire.

Die Thatsache, daß eigentlich nicht der nach §. 6 des Pr.G. der Polizeibehörde als verantwortlicher Redacteur genannte Dominik Schreiber, sondern Fr. Stehle die Redactionsgeschäfte besorgt habe, würde, wenn sie überhaupt von Einfluß wäre, nur einen Schluß dahin rechtfertigen, daß Stehle als wirklicher Herausgeber (Redacteur) zur Verantwortung gezogen werden könnte und in der That habe auch der Staatsanwalt denselben als eigentlichen Redacteur der Zeitung belangt. Allein das großh. Hofgericht sei von der allerdings richtigen Ansicht ausgegangen, daß diejenige Person, welche sich als verantwortlicher Redacteur der Polizeibehörde dargestellt habe, unter allen Umständen die Verantwortlichkeit übernehmen müsse, welche das Gesetz dem Redacteur auflege, und daß eine Erörterung darüber, ob der genannte verantwortliche Redacteur die Redactionsgeschäfte auch wirklich selbst besorgte, oder ob er die Besorgung unter Fortdauer seiner Verantwortlichkeit einem Andern überließ, außerhalb der Absicht des Gesetzes liege.

Diese letztere Frage könne aber das Rechtsverhältniß des Verlegers unter keiner Voraussetzung alteriren.

Das großh. Hofgericht habe durch die Verwerfung der vom Staatsanwalte gegen Stehle als wirklichen Redacteur erhobenen Anklage ausdrücklich anerkannt, daß nicht dieser, sondern D. Schreiber als Redacteur die Verantwortlichkeit im Sinne des Gesetzes zu tragen

*) In diesem Punkt trifft der §. 21 des neuen Preßgesetzes eine Abänderung, wornach sowohl die im §. 25 des alten Preßgesetzes benannten, als auch andere Personen gleichzeitig bestraft werden können, wenn sie nach besondern vorhandenen Umständen zur Verübung des im Inhalte der Druckschrift liegenden Verbrechens vorsätzlich mitgewirkt haben.

habe. Mehr bedürfe es aber nicht, um den Recurrenten nach §. 25 des Pr.G. von der Verantwortlichkeit zu entbinden.

Von einer neben Stehle als Verfasser und neben Schreiber als Redacteur noch weiter vorhandenen Person, welche man „Herausgeber' nennen könnte, sei es unmöglich zu sprechen, da man sich einen solchen nicht zu denken vermöge ꝛc.

Dem Antrage des recurrentischen Anwaltes entsprechend erkannte das großh. Oberhofgericht (I. Sen.) durch Urtheil vom 24. März 1851 abändernd zu Recht:

> daß der Angeschuldigte von der gegen ihn erhobenen Anklage zu entbinden und mit den Kosten zu verschonen sei.

Zuvörderst nehmen die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe an, daß Herausgeber und Redacteur nach der grammatischen Bedeutung dieser Worte und nach dem Sprachgebrauch des gemeinen Lebens überall nur eine und dieselbe Person und nur in so fern von einander verschieden seien, als das Eigenschaftswort „Herausgeber" allgemein bei Druckwerken jeder Art, der Name „Redacteur" dagegen bei Zeitungen und Zeitschriften vorzugsweis gebraucht werde; sie adoptiren sodann im Wesentlichen die von dem recurrent Anwalt geltend gemachte Ansicht über die successive Verantwortlichkeit der zum Erscheinen einer Druckschrift mitwirkenden Personen und fügen noch bei:

Mit dieser Auslegung des Gesetzes steht auch die gleichförmige Praxis sämmtlicher Gerichtshöfe und selbst jene des Oberrheinischen Hofgerichts, wie solche aus den Gründen zu seinem jüngsten Urtheile in der Anklagesache gegen den pens. Oberamtmann Stehle als faktischen Redacteur der Oberrheinischen Zeitung hervorgeht, nicht nur in Uebereinstimmung, sondern es wurde auch deren Richtigkeit von den gesetzgebenden Gewalten des Staats bei der Verhandlung über den neuesten Entwurf eines Preßgesetzes, durch welchen die Mängel der bisherigen Gesetzgebung und namentlich jene des §. 25 des Pr.G. möglichst beseitigt werden sollen, unzweideutig anerkannt.

Der Angeschuldigte mußte demnach, obgleich die incriminirten Zeitungsartikel, wie schon in den Gründen zum Urtheil der vordern Instanz ausgeführt wurde, das angezeigte Verbrechen des Hochverraths enthalten, derselbe auch nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen als Miturheber und beziehungsweise Haupturheber deshalb ohne Zweifel zur Verantwortung gezogen werden könnte, in Gemäßheit der singulären Bestimmungen des §. 25 von der vorliegenden Anklage entbunden werden, weil eine vor ihm haftbare Person in dem verantwortlichen Redacteur Dominik Schreiber bekannt und von der richterlichen Strafgewalt erreichbar ist.

A. d. Gr. ꝛc. ꝛc.

II.

Zur Lehre über Rechnungsstellung. Klagen auf Rechnungsstellung. Klagen nach gestellter Rechnung. L.R.S. 1933, 469 ff.

I.

Die Hauptverbindlichkeit des Gewalthabers besteht ohne allen Zweifel darin, dem Rechnungsherrn alles für diesen Empfangene herauszugeben. Dieser Verbindlichkeit entspricht das Recht des Letzteren, von dem Gewalthaber das Empfangene herauszuverlangen.

Bevor der Gewaltgeber die Einnahme oder deren Rest von seinem Gewalthaber fordert, kann er Rechnungstellung verlangen und die Rechnung bei der Klage auf Ersatz zu Grund legen; allein hierzu verpflichtet ist er nicht. Er kann vielmehr vor wie nach der Rechnungsstellung des Gewalthabers selbstständig klagen, die Einnahme — dann die Ausgabe selbst darstellen und hieraus die Differenz, des Gewalthabers Receß, ziehen, auch kann er — namentlich wenn der Rechner selbst zur Stellung der Rechnung nicht vermocht wird, die Rechnungsstellung durch einen Dritten besorgen lassen.

Die Pflicht, Rechnung zu stellen, ist nur eine Nebenverbindlichkeit des Gewalthabers, auf deren Erfüllung der Rechnungsherr überall da zum Voraus bestehen wird, wo das Geschäft nicht ganz einfach, er auch nicht in der Lage ist, eine auf Zahlung des Einnahme-Rest's gerichtete Klage aus eigener Wissenschaft und Kenntniß der Einnahmen und Ausgaben, ohne vorherige Rechnungsstellung durch den Geschäftsführer, begründen zu können.

Die Klage auf Rechnungsstellung leitet somit ein präparatorisches Verfahren ein *), zu welchem der Gewaltgeber zwar berechtigt, jedoch keineswegs verpflichtet ist, da es nur den Zweck hat, ihm die zur Herausforderung des Einnahmerest's oder mindestens doch

*) Gönner, Handbuch IV. 75. §. 3 f.

D. C.

zur Controle des Gewalthabers dienliche Aufklärung zu verschaffen.

§. 2.

Die Verbindlichkeit des Gewalthabers, dem Gewaltgeber Rechenschaft abzulegen, begreift übrigens nicht die Stellung der Rechnung allein, sondern auch die Vorlage der Einnahms- und Ausgabsbelege, auf welche der Auftraggeber ebenso wie auf Edition aller das gegenseitige Rechtsverhältniß betreffenden Urkunden, da diese gemeinschaftlich sind, ein wohlbegründetes, so lange die Gemeinschaftlichkeit fortdauert, unverjährbares Recht hat.

L.R.S. 2236—2238, 2241 a.

Obschon das Gesuch um Herausgabe oder Vorlage von Urkunden in der Regel als Incidentpunkt in einem schon anhängigen Rechtsstreite vorkömmt, so erscheint es doch keineswegs unzulässig, dasselbe präparatorisch, noch ehe ein Hauptprozeß eingeleitet ist, vorzubringen.

Entscheidungsgründe des großh. Oberhofg. I. Senat.

J. S. v. Traiteur gegen Deurer.

Die Uebersendung jährlicher, den Verwaltungsstand summarisch angebender Bilanzen und deren Annahme durch den Kläger kann nicht als Verzicht auf die Einsicht fraglicher Urkunden betrachtet werden, ebensowenig liegt ein solcher in der mit Vorbehalt etwaiger Irrthümer *) ausgestellten Quittung über den Saldo der Bilanz für das letzte Verwaltungsjahr.

Die Befugniß des Gewaltgebers, Einsicht gemeinschaftlicher Urkunden zu nehmen, ist nämlich von Entscheidung der Frage unabhängig, ob und in wie weit er die Geschäftsführung des Gewalthabers ausdrücklich oder factisch gutgeheißen hat.

Der Gewaltgeber kann die gerichtliche Vorlage jener Urkunden auch dann begehren, wenn ihm der Gewalthaber die Einsicht der Belege schon bei dritten Personen (zur Einsicht) überlassen hatte. Die Vorlage hat übrigens nicht auf der Gerichtsregistratur, sondern entweder am Orte ihrer Aufbewahrung oder bei einem, von den Parteien zu ernennenden gerichtlichen Hüter zu geschehen.

(Entscheidungsgründe des I Senats des großherzogl. Oberhofg. in S. v. Traitteur gegen Deurer.)

*) Als ein der Verbesserung stets fähiger und nie in Rechtskraft übergehender Rechnungsfehler (error computationis) darf nicht angesehen werden der error calculi im weiteren Sinne, d. i. die irrige Aufnahme des Betrags einer Einnahme oder Ausgabe in die Rechnung, vgl. §. 1161 d. Pr.O.; Schmidt, Handbuch III. §. 190, S. 78, vor Note 15; Gönner Handbuch IV. §. 17. D. G.

§. 3.

Der Gewalthaber ist in der Regel zu mehr nicht verpflichtet, als eine (nach Verhältniß seiner Bildung und Fähigkeit mehr oder weniger) einfache Zusammenstellung seiner Einnahmen und seiner Ausgaben zu geben und die Belege beizufügen.

Eine künstliche Rechnungsstellung kann der Gewaltgeber nur dann vorlegen, wenn (wie bei Gemeinde- und Staatsrechnungen) bestimmte Rechnungsformen vorgeschrieben sind, oder wenn der Rechner zur Einhaltung bestimmter Rechnungsformen sich besonders verpflichtet hat.

Sobald also (mit Ausnahme dieser besonderen Fälle) eine Rechnung *), wenn auch noch so einfach, einmal gestellt ist, kann der Gewaltgeber nicht eine nochmalige formgerechtere Rechnungsstellung verlangen, vorausgesetzt natürlich, daß die einfach gestellte Rechnung überhaupt vollständig ist.

§. 4.

Faßt man den Verlauf des Rechtsstreits, welcher durch eine Klage auf Rechnungsstellung eingeleitet wird, in's Auge, so kommt in demselben alles darauf an, daß das in der Klage zu Grund gelegte Auftragsverhältniß festgestellt, also wenn widersprochen, bewiesen wird.

Es kann nun vorkommen, daß der Beklagte, während der Kläger einzelne aufgetragene Handlungen, über welche ihm Rechenschaft gegeben werden solle, genau bezeichnet hat, ein weiter gehendes Gebiet des Auftrags nachweist, und dann ist der, den Umfang der Rechnungsstellung zum voraus ungebührlich einengenden Klage nicht statt zu geben, da dem Gewalthaber daran liegen muß, über die Gesammtheit seiner zur Erfüllung des Auftrags vorgenommenen Handlungen Rechenschaft zu geben und sich nicht auf einen Theil dieser Geschäfte beschränken zu lassen.

Solches Bemühen, dem Umfang der Rechnungsstellung zum Voraus bestimmte Grenzen zu ziehen, ist übrigens durchaus unpraktisch, da es dem Gewaltgeber frei steht, nach gestellter Rechnung diejenigen Handlungen (Zahlungen) des Gewalthabers zu beanstanden, welche er, als außerhalb des Auftrags liegend, darzustellen vermag; da also der Streit über den Umfang des Auftrags nicht nur nicht in den über die Verbindlichkeit zur Rechnungs-

*) Das ist eine Aufzählung der Einnahmen und Ausgaben, deren Vergleichung und die Angabe des Resultats dieser Vergleichung. Gensler, Comment. II. S. 99. D. G.

stellung geführten gehört, sondern auch mit Erfolg erst in dem Streit über die Ansprüche aus der geführten Rechnung ausgetragen werden kann.

Der Klage auf Rechnungsstellung kann außer der Einrede der Verjährung wohl nur die entgegengehalten werden, daß die Rechnung früher schon gestellt worden sei.

Wird die verlangte Rechnung aber erst im Verlauf des durch die Klage auf Rechnungsstellung eingeleiteten gerichtlichen Verfahrens gestellt, so kann diese nachträgliche Erfüllung der Verbindlichkeit zur Rechnungsstellung, diese thätliche Anerkennung des Klagrechts, weder die Abweisung der Klage noch die Verurtheilung des Klägers zur Tragung der Kosten des Verfahrens zur Folge haben.

§. 5.

Da durch die Klage auf Rechnungstellung die Klage aus dieser erst vorbereitet werden soll, so kann mit dem auf Stellung der Rechnung gerichteten Gesuch das um Verurtheilung des Rechnungsstellers zur Herauszahlung des Einnahme-Ueberschusses nicht verbunden werden, weil die Häufung beider Gesuche, wenn auch nicht unstatthaft, doch jedenfalls zwecklos ist. Denn vor gestellter Rechnung ist ja noch gar nicht zu ersehen, ob der Rechnungssteller überhaupt etwas und wieviel derselbe herauszuzahlen habe, das Gesuch um Verurtheilung zur Auszahlung ist also für den Fall, daß sich in der Rechnung ein Einnahme-Ueberschuß nicht herausstellen sollte, offenbar vergeblich und überflüssig. Aber auch in dem Falle, daß sich ein Einnahme-Ueberschuß ergibt, wird durch das verfrühte Gesuch um dessen Auszahlung nichts gewonnen, nicht nur deßhalb, weil eben das Ergebniß der Rechnungsstellung doch abgewartet werden muß, sondern auch deßhalb, weil ja erst aus der Rechnung ersehen werden soll, ob der berechnete Betrag des Einnahme-Ueberschusses dem Gewaltgeber genüge; denn, wenn er dessen Betrag, ohne vorher aus der Rechnung des Gewaltgebers sich Raths erholen zu müssen, selbst zu berechnen und bestimmt anzugeben im Stande ist, bedarf er der Rechnung nicht, hat er also auch keinen Anlaß, auf deren Stellung gerichtlich zu dringen.

Wenn man aber auch der Ansicht ist, die Verbindung des Gesuchs um Verurtheilung des Gewalthabers zur Ausfolgung des sich aus der Rechnung ergebenden Einnahme-Ueberschusses, mit dem Gesuch um Verurtheilung desselben zur Rechnungsstellung sei unstatthaft, so wird doch nach den Grundsätzen des L.R.S. 6k; 6n aus der Unstatthaftigkeit jener Verbindung nicht gefolgert werden können, daß nun beide Gesuche fallen müssen, vielmehr wird das eine trennbare Gesuch um Verurtheilung des Gewalthabers zur Rechnungsstellung aus der unstatthaften Verbindung gelöst und aufrecht gehalten werden können und müssen.

§. 6.

Hat der Gewalthaber, freiwillig oder gerichtlich hierzu für schuldig erklärt, Rechnung gestellt, so kann diese nur eines der 3 Ergebnisse liefern, daß

dem Rechner ein Bevor

oder aber

ein Rezeß bleibt

oder endlich

daß die Einnahme durch die Ausgabe ausgeglichen erscheint.

Hält der Gewaltgeber die Rechnung für richtig, so wird er sich im letzteren Falle beruhigen, im ersten freiwillig oder in Folge gerichtlichen Auftretens (actio mandati contraria) des Rechnungsstellers zahlen und im zweiten sein Guthaben entweder außergerichtlich oder erforderlichenfalls gerichtlich (actio mandati directa) beitreiben.

Wenn er durch die Säumniß des Gewalthabers genöthigt wird, die Zahlung des unbestrittenen Einnahmerests gerichtlich zu betreiben, so bedarf es natürlich der Zergliederung der Entstehung der feststehenden Schuldthatsache und Größe ebensowenig, wie bei anderen einfachen Schuldklagen.

Hält er sich aber durch Unrichtigkeiten in der Rechnung für benachtheiligt, so muß er — sei es als Kläger oder als Widerkläger*) — zum Zweck der Berichtigung des Rechnungsergebnisses zu seinen Gunsten nothwendig den Einnahmebetrag höher oder den Ausgabebetrag niederer oder jenen höher und diesen niederer darstellen.**) Er

*) Diejenige Partie, welche zuerst die gerichtliche Prüfung der Rechnung fordert, sei es nun der Gewaltgeber und Rechnungsempfänger oder der Gewalthaber und Rechnungssteller, übernimmt jeweils die Rolle des Klägers und ihr Gegner die des Beklagten, s. §. 85 Pr.O.

Bayer summ. Proceß §. 81.

Schmidt, Handbuch III. §. 189 am Schluß, §. 190 im Eingang und S. 75 unten. D. E.

**) Die Lehrer des gemeinen Rechts verstehen unter dem summarischen Rechnungsproceß den nach gestellter Rechnung über diese geführten Rechtsstreit.

Schmidt, Handbuch §. 189 S. 73 vorn in Note 2.

Der Eins.

muß daher weitere Einnahmen, als die von dem Rechner aufgezählten, in der Klage behaupten und begründen, dagegen von den in die Rechnung aufgenommenen Ausgabeposten einzelne oder mehrere widersprechen. Denn die Forderung des Gewaltgebers stellt sich höher, je mehr eingenommen, beziehungsweise je weniger von der Einnahme zu Ausgaben verwendet worden ist.

Indem der Rechner Einnahmen aufführt, bekennt er zu seinem Nachtheil die Verbindlichkeit, daß er ebensoviel (nach Abzug des hiervon zu Ausgaben Verwendeten) dem Rechnungsherrn herauszugeben habe.

Gönner, Handbuch des d. Prozesses Bd. 4. S. 126.

Dieser würde daher ein zu seinen Gunsten abgelegtes Geständniß bekämpfen, wenn er Einnahmeposten widerspräche.

§. 7.

Zwar wird es zur Vereinfachung wesentlich beitragen, wenn der Gewaltgeber sich an die gestellte Rechnung halten und den Stoff aus ihr schöpfend, die vom Rechner selbst aufgenommenen, also unbestrittenen Posten der Einnahme und deren Betrag bezeichnend, zur Begründung der Klage nur diejenigen Einnahmsposten besonders hervorhebt, welche in der gestellten Rechnung ausgelassen sind, dagegen von den verrechneten Ausgabsposten diejenigen, welche er nicht anerkennt, ausscheidet, hiernach die Rechnung — in Einnahme und Ausgabe — und ihr Ergebniß zu seinen Gunsten berichtigt und das berichtigte Rechnungsergebniß zum Gegenstand seiner Forderung macht.

Schmidt, Handbuch III. §. 190.

Einer solchen, in der Form einer Bemänglung der gestellten Rechnung vorgetragenen Klagbegründung ist übrigens die gleich, welche selbstständig und ohne Rückbezug auf die Factoren der gestellten Rechnung sämmtliche Einnahmen des Gewalthabers, die der Gewaltgeber behauptet, zusammenstellt, davon nur diejenigen Ausgaben abzieht, welche er anerkennt und die hieraus sich ergebende Differenz zum Gegenstand der Anforderung macht.

§. 8.

In die Klage gegen den Rechner gehört aber mehr nicht, als

1) die anerkannten und
die angeblich ausgelassenen
Einnahmsposten,

2) die anerkannten Ausgabsposten;

alles Weitere ist überflüssig, namentlich die anticipirte Bekämpfung weiterer in der Rechnung in Ausgabe gesetzter Posten *) Es läßt sich daher ebensowenig behaupten, daß alle bestrittenen, als daß nur die bestrittenen Rechnungsposten in die Klage gehören.

Diese wird stets um so klarer, die Einlassung aber um so leichter und verständlicher sein, je weniger überflüssiges sich in der Klage findet; allein die Aufhäufung überflüssigen Stoff's, beziehungsweise von Thatsachen, welche zur Begründung des Gesuchs unerheblich sind, in der Klage macht diese nicht unstatthaft.

Eine (stets entweder auf Bequemlichkeit, Unkenntniß oder Gewinnsucht des Klagverfassers oder aber auf allen diesen Gründen zusammen beruhende) Aufhäufung des gesammten, auch nicht streitigen Rechnungsmaterials in der Klage kann, wenn sie auch die Feststellung des Streitgegenstands erschweren und Verwirrung befördern wird, doch kein Hinderniß einer gehörigen Einlassung sein, da es dem Beklagten auch dann möglich ist, von den Einnahmsposten die nicht bestrittenen zu bezeichnen und die nicht anerkannten speziell zu widersprechen, auch die zum Voraus bestrittenen Ausgaben noch einredend zu begründen.

§. 9.

Ein Einnahmeüberschuß kann in der Rechnung nicht blos dadurch sich ergeben, daß der Rechner wirklich mehr eingenommen als ausgegeben hat, sondern auch dadurch, daß einzelne Ausgaben beanstandet worden und ihm deßhalb zu Ersatz gewiesen sind; dies kommt selbst wegen Vernachlässigung von Einnahmen vor.

Zur Begründung einer Klage gegen den Rechner genügt daher die Behauptung nicht, daß diesem ein Receß im eingeklagten Betrage gezogen worden sei, sondern das Verlangen um Ausfolgung des Kassenrechts muß damit begründet werden, daß die Einnahmen des Rechners dessen Ausgaben um diesen Betrag übersteigen haben und das Gesuch um Ersatz nicht vereinnahmter Ausstände findet nur statt, wenn die Verbindlichkeit zum Ersatze thatsächlich und rechtlich eigens begründet wird.

L.R.S. 1992.

Mit dem einfachen Berufen auf den Inhalt eines Receßbescheids kann also die actio mandati directa nicht begründet werden; denn wenn auch jener Bescheid ein förmliches Erkenntniß der Abhörbehörde und selbst der Recursbehörde ist,

(§. 36, 37 der V.O. vom 26. Januar 1849 Rggsbl. No. 4.)

---

*) Bayer, s. Pr. §. 81 Note 7. D. R.

so hat er doch nur im öffentlichen Interesse (des Dienstes) Werth und Bedeutung, kann aber, insofern darüber gestritten wird, welche Privatrechtsverbindlichkeiten aus dem Auftrag sich ergeben haben? der Entscheidung der hierfür allein zuständigen Civilgerichte nicht vorgreifen. Ein solcher Receßbescheid bildet also nicht, wie ein gerichtliches Erkenntniß (L.R.S. 1350, 3, 1352) einen für sich giltigen und genügenden Rechtstitel, sondern entscheidet nur mit Vorbehalt gerichtlichen Austrags; es würde aber dieser Vorbehalt geradezu vernichtet, wenn der Receßbescheid auch von den Gerichten als formelle Wahrheit hingenommen werden müßte.

§. 10.

Hat aber der Rechner die von ihm oder für ihn gestellte Rechnung, wonach sich ein Receß für ihn ergibt, anerkannt und ist dieser Receß als Kassenrest bezeichnet, oder sind die Ausstände ausdrücklich an dem Receß in Abzug gebracht, so spricht die (durch Gegenbeweis zerstörbare) Vermuthung dafür, daß der Receß nur die Differenz zwischen der Baar-Einnahme und der Ausgabe sei.

§. 11.

Der Angabe auch des Titels der Einnahme bedarf es dann nicht, wenn von dem Gewalthaber behauptet ist, die Einnahme sei für ihn geschehen; der Gewalthaber hat den, sei es aus welchem Grunde oder auch ohne Grund, für den Gewaltgeber vereinnahmten Betrag diesem zu verrechnen,

L.R.S. 1993.

von welchem dann der Zähler die etwa zur Ungebühr geleistete Zahlung rückfordern kann.

§. 12.

Zinsen können erst von dem Tage an gefordert werden, an welchem die Zustellung der Ladung auf die Klage erfolgte, ausgenommen von denjenigen Beträgen, welche Vormündern als Rest zur Last bleiben, welche ein Gewalthaber (nicht auch der Vormund) vorgeschossen, welche Beklagter erwiesenermaaßen in seinen eigenen Nutzen verwendet hat oder hinsichtlich welcher Beklagter in rechtlich wirkungsvoller Weise früher schon in Verzug gesetzt worden war.

L.R.S. 474, 1993, 1996, 2001, 1146, 1153.

§. 257, 2 Pr.O.

II.

§. 13.

Der Mandatar kann nicht verlangen, daß der Rechnungsherr mit der Klage auf Zahlung des Einnahmerests so lange zu warten müsse, bis er die Rechnung gestellt habe, beziehungsweise daß die Klage auf Erfüllung seiner Hauptverbindlichkeit jeweils die Klage auf die Rechnungsstellung vorausgehen müsse.

Der Rechner wird sich gegen den Angriff des Gewaltgebers dadurch vertheidigen, daß er im Einredevortrag den Einnahmebetrag durch Widerspruch einzelner oder mehrerer Posten möglichst gering, den Betrag der Ausgaben aber durch Behauptung und Begründung weiterer Ausgabeposten oder eines höheren Betrags derselben möglichst hoch darstellt. Denn die Verbindlichkeit des Gewalthabers stellt sich niederer, je weniger Einnahmen ihm nachgewiesen, beziehungsweise je mehr Ausgaben von der Einnahme bestritten worden sind.

Indem der Rechnungsherr Ausgaben anerkennt, gesteht er zu seinem Nachtheil, daß er um so viel weniger herauszubekommen habe; deßhalb ist die allgemeine Erklärung des Rechners, er widerspreche die Richtigkeit der Ausgaben, eine ganz unerhebliche, weil die Anerkennung des Klägers, daß die Einnahme des beklagten Rechners durch Ausgaben zum Theil aufgezehrt worden seien, zu Gunsten des Letzteren spricht, der ihre Richtigkeit nur in so fern beanstanden kann, als nicht alle seine Ausgaben, sondern nur einzelne derselben, anerkannt werden wollen, dem es daher obliegt, diejenigen noch zu bezeichnen und zu begründen, welche Kläger nicht kennen oder nicht anerkennen will, und deßhalb ihm nicht in Rechnung gebracht hat.

§. 14.

Der Angabe auch des Titels der Ausgabe bedarf es dann nicht, wenn der beklagte Rechner behauptet, eine Ausgabe sei auf des Gewaltgebers Anweisung gemacht worden; denn der Rechner muß die Anweisung des Gewaltgebers, zu zahlen, respectiren, der Grund, beziehungsweise die Verbindlichkeit zur Zahlung mag sein, welche sie wollen.

Wenn der beklagte Rechner behaupten will, daß sich unter dem von ihm als Kassenrest anerkannten Receß oder unter dem von ihm anerkannten Receß, an welchem die Ausstände ausdrücklich in Abzug gebracht sind, (vergl. §. 20, 22, 23 der V.O. vom 26. Januar 1849 Rggsbl. No. 4 S. 38, 39.) demungeachtet noch unerhobene Einnahmsposten befinden, so kann er diese Behauptung nicht allgemein aufstellen, in welcher Form sie unerheblich

wäre, sondern er hat die einzelnen Posten genau zu bezeichnen.

§. 15.

Die Genehmigung einer Jahresrechnung durch den Gewaltgeber beschränkt sich dann nicht auf Anerkennung der Einnahmen und Ausgaben, welche als in dem Rechnungsjahre gemacht verzeichnet sind, wenn dieser Rechnung eine oder mehrere andere Rechnungen desselben Gewalthabers (Rechners) vorausgehen, und in der letztgestellten anerkannten das Ergebniß der früheren Rechnung oder Rechnungen zu Gunsten des Rechners als Rechnungsglied, Guthabensposten (in Ausgabe) eingetragen ist, sondern dehnt sich dann auch auf diesen Theil der Rechnung aus, auf deren Ergebniß jener Posten einen wesentlichen Einfluß ausübt.

Eine solche Gutheißung aber, die von einer Gemeinde der Rechnung vorher ertheilt worden, ehe die Prüfung der letzteren durch die Staatsbehörde (Revision) erfolgt ist, bindet die Gemeinde nicht, wenn sich bei dieser Prüfung ein Receß des Rechners ergibt, da nach §. 133, vrgl. mit §. 151 Ziff. 3 G.O., bei Abhör und Verbesserung der Gemeinderechnung die Staatsbehörde mitzuwirken, beziehungsweise das Aufsichtsrecht auszuüben hat, also die Gemeinde nicht für sich allein Nachsicht eintreten lassen, oder Recesse erlassen darf.

Vgl. die §§. 33 — 38 d. V.O. v. 26. Juni 1849, Rggbl. No. 4, S. 41, 42.

III.

§. 16.

Wie schon oben erwähnt, ist die Forderung des Ersatzes von Receßposten (gleich wirklichen Einnahmen) ebensowenig als diejenige begründet, welche von dem Vorgänger des Rechners übernommene Ausstandsposten zum Gegenstande hat, sofern die Forderung nicht auf die Thatsache des Einzugs solcher Posten gestützt wird.

Derlei Klagposten werden bei dem Beweiserkenntniß außer Acht gelassen, wie auch s. g. durchlaufende Posten, d. h. solche, welche in Einnahme und Ausgabe gesetzt und so wenig wie jene wahre Einnahmposten sind.

S. z. B. §. 24 der V.O. vom 26. Januar 1849, Rggbl. No. 4, S. 39.

Solche unerhebliche Posten zugleich mit dem Beweiserkenntniß über die erheblichen abzuweisen, ist aber nicht räthlich; denn es wird ja nur ein Forderungsbetrag, der Betrag oder Rest der Gesammtsumme der Einnahmen aus einem und demselben Rechtsgeschäft, wenn auch aus verschiedenen Posten bestehend, gefordert und nicht eine Mehrheit von verschiedenen einzelnen, auf verschiedenen Titeln beruhenden Forderungen.

§. 371 Pr.O.

Die als unerheblich sich darstellenden wie die seiner Zeit nicht erwiesenen Forderungen gehen dereinst an der im Klaggesuch in Anspruch genommenen Summe ab und mindern dieselbe, deren Betrag nicht allmählig und stückweise während des Verfahrens, sondern erst im Endurtheile auf einmal festgestellt wird

Schmidt, Handbuch III. §. 190, S. 77 vor Note 11.
Gönner, Handbuch IV. §. 16.

(Schluß folgt.)

Berichtigung.

In No. 18, S. 138, Sp. 1 Z. 14 von Oben ist das Wort „entweder" zu streichen.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. **No. 20.** **Mannheim**, 17. Mai **1851.**

I.

Zur Lehre über Rechnungsstellung. Klagen auf Rechnungsstellung. Klagen nach gestellter Rechnung.

(Schluß.)

§. 17.

Gegenstand des Beweiserkenntnisses sind nur die

a) von dem Beklagten widersprochenen wahren Einnahmen, deren Beweis dem Kläger obliegt;

b) vom Kläger widersprochenen Ausgaben, welche der Beklagte zu beweisen hat.

Ebensowenig als die von dem Gewaltgeber gestellte Rechnung bildet diejenige, welche er durch einen dritten stellen läßt, etwas weiteres als den thatsächlichen Grund der Klage auf Zahlung des dem Rechner daraus gezogenen Recesses, stellt sie aber als solche und ohne andere gesetzliche Beweismittel den Beweis her, daß der Rechner soviel, als ihm in dieser Rechnung zur Last geschrieben wird, wirklich auch schuldig ist. Wenn nun der Gewalthaber in Abrede stellt, daß er für den Gewaltgeber so viel eingenommen habe, als ihm dieser in der Rechnung als Einnahme zur Last schreibt, so hat der Kläger die widersprochenen Einnahmsposten zu beweisen.

Schmidt, Handbuch III. §. 190, S. 75 und 76.

Wenn der Rechner den ihm gezogenen Receß anerkannt hat, so ist hierdurch zwar der Gewaltgeber von der Verbindlichkeit befreit, den Beweis zu führen, daß der Rechner den jenem Receß entsprechenden Betrag eingenommen habe; wenn dieser jedoch widerspricht, einen Receß in dem von dem Kläger bezeichneten Betrag anerkannt zu haben, so ist es zweckmäßiger, die Beweisauflage unmittelbar auf die in der Klage aufgezählten einzelnen Einnahmsposten die widersprochen sind, zu richten, als auf das angebliche Anerkenntniß eines Recesses, welcher häufig auch durch Posten künstlich gebildet oder doch vergrößert wird, die keine baaren Einnahmen darstellen oder die als Ausgaben beanstandet worden sind, sich also ohne besondere Gründe nicht zum Ersatz eignen, und hiergegen liegt dann noch besonderer Grund zum Mißtrauen vor, wenn der angeblich anerkannte Receß aus einer Mehrzahl von Rechnungen sich ergeben haben soll, weil das in der vorangehenden Rechnung zum Nachtheil des Rechners gefundene Ergebniß jeweils in die nächstfolgende Rechnung übertragen zu werden pflegt, und dann einen unartikulirten Bestandtheil der späteren Rechnungen bildet, in welchem deßhalb nicht mehr ersehen werden kann, ob nicht etwa ungeeignete Ersatzposten früher jenes Ergebniß bilden halfen.

§. 18.

Diejenige Partei, welche eine Rechnung, auf welche sie sich beruft, producirt, hat namentlich auch die einzelnen Belege, auf welche sie sich beruft, besonders zu produciren.

Es ist Obliegenheit des Richters, dahin zu wirken, daß dies nicht unterbleibe, und daß diese Specialität auch in dem über das Productionsverfahren aufgenommenen Protokoll beachtet und eingehalten werde, wie er dem überhaupt durch sorgfältige Prozeßleitung verhüten kann und soll, daß in diesen, ohnehin schwierigen Rechnungsprocessen nicht durch blosen Willen oder Nachlässigkeit der Parthien oder Anwälte (namentlich durch unbestimmte Erklärungen) ein förmlicher Wirrwarr einschleiche, der die richterliche Thätigkeit, wenn nicht lähmen, doch erschweren wird.

Wenn sich jedoch der Kläger auf das Einnahmsverzeichniß einer Rechnung zum Beweis von Einnahmen bezogen und der Beklagte die Rechnung auch nur im Allgemeinen anerkannt hat, so darf angenommen werden,

daß Kläger auch auf die dem Einnahmsverzeichniß zu Grund gelegten und demselben beigehefteten Belege sich habe berufen, und daß Beklagter auch diese habe anerkennen wollen.

(Entscheidungsgründe des großh. O.H.Gericht I. Sen. zum Urtheil vom 4. September 1850. In Sachen Ilger gegen Blum.)

Stempf.

II.

Das neue Untersuchungs- und Strafverfahren der Bezirksämter; dargestellt in seinen Hauptabweichungen vom bisherigen Recht.

Durch das neue Gesetz über die Strafrechtspflege, welches, am 15. Februar d. J. verkündet, schon am 1. März in Vollzug kam, trat ein Theil der bereits im Jahr 1845 verkündeten Gesetze mit wesentlichen Abänderungen in das Leben. Während das Strafgesetzbuch nur wenige, obwohl wichtige, das Gesetz über die privatrechtlichen Folgen von Verbrechen gar keine Abänderungen erlitt, wurde die Strafprozeßordnung wesentlich umgestaltet, indem auf der einen Seite für schwerere Verbrechen die Rechtsanstalt der Schwurgerichte alsbald eingeführt, auf der anderen Seite aber aus bekannten, einleuchtenden Gründen anstatt der früher beschlossenen neuen Gerichtsverfassung mit völliger Trennung der Rechtspflege von der Verwaltung, wozu später noch Collegialgerichte und entsprechende Aenderungen in Aussicht kamen, die einstweilige Beibehaltung der bisherigen Gerichtsverfassung beschlossen wurde, und demzufolge viele Bestimmungen der Strafprozeßordnung beseitigt, andere mehr oder weniger geändert werden mußten.

Hinsichtlich des Recursverfahrens und des Amtes der Staatsanwälte bleibt es, abgesehen vom Schwurgerichtsverfahren, der Hauptsache nach vorerst bei dem bisherigen Recht, so daß namentlich in dieser Beziehung das Gesetz vom 3. August 1837 noch forthin gilt.

Da eine Umarbeitung der Strafprozeßordnung zu einem neuen, nach Maaßgabe des beschlossenen Systems berichtigten, Gesetzbuch nicht erfolgte und nach den obigen Verhältnissen nicht wohl erfolgen konnte, somit das geltende Recht, oft schwer vom nicht geltenden zu unterscheiden, aus verschiedenen Gesetzen herausgesucht werden muß, so ist es, bei der Schnelligkeit, womit dießmal das Gesetz in das Leben trat, gewiß eine nicht leichte Aufgabe für unsere Untersuchungsbeamten und Einzelrichter sich sofort gehörig in das neue Strafverfahren zu finden. Eine zur Förderung dieses Geschäfts dienende Vorarbeit wird daher nicht unwillkommen sein. Ihrem Zweck gemäß wird sich dieselbe auf übersichtliche Hervorhebung der Hauptabweichungen des neuen Verfahrens in Bezug auf den Geschäftskreis der Bezirksämter beschränken. Soweit das neue Recht sich an das alte anschließt, oder das, was schon die Vernunft lehrt, ausspricht und näher bestimmt, ist eine besondere Andeutung nicht erforderlich, Minderwichtiges aber kann der Kürze wegen übergangen werden. Der Inhalt unserer Darstellung scheidet sich, dem Gang des Verfahrens entsprechend, in folgende Abtheilungen:

I. Gerichtsstände. Unfähigkeit und Ablehnbarkeit des Richters.
II. Untersuchungsverfahren im Allgemeinen. Einleitung und erste Schritte.
III. Weiterer Gang des Verfahrens. Benützung der verschiedenen Beweismittel.
IV. Schluß der Untersuchung. Urtheil.
V. Rechtsmittel. Wiederaufnahme des Verfahrens.
VI. Vollstreckung der Strafurtheile.

I. Gerichtsstände. Unfähigkeit und Ablehnbarkeit des Richters.

In Bezug auf die Zuständigkeit der Strafgerichte ist Titel II. der Strafprozeßordnung vom Jahr 1845 maaßgebend. Neues Gesetz über die Strafrechtspflege vom 5. Februar 1851, §. 14.*)

Hienach gelten in der Hauptsache die nämlichen Grundsätze, wonach auch im bisherigen Rechte die Zuständigkeit der einzelnen Gerichtsbehörden sich bestimmte. Es entscheidet der Bezirk des begangenen Verbrechens und wo dieser erste Grundsatz wegen besonderer Umstände nicht ausreicht, das Zuvorkommen (die Prävention) Str.P.O. §. 7, 8, 10.

---

*) Dieses neue Gesetz wird fernerhin kurz mit N.G. bezeichnet. Als weitere Abkürzungen kommen vor: Str.P.O. für Strafprozeßordnung, Str.G.B. für Strafgesetzbuch.

D. C.

Im Einzelnen sind nähere Maaßbestimmungen gegeben, welche aber weniger Abweichungen vom früheren Recht, als festere Begrenzungen der angenommenen Hauptgrundsätze enthalten. Str.P.O. §. 8, 11, 16, 18.*)

Besonders ist dagegen zu merken:

1) Der Gerichtsstand des Wohnsitzes oder Aufenthaltsortes tritt künftig nicht nur bei Vergehen, die im Ausland begangen sind,**) sondern nach Umständen auch bei anderen Vergehen alsdann ein, wenn der Beschädigte die Anzeige zur Veranlassung der Untersuchung bei dem bezüglichen Gericht macht. Str.P.O. §. 13—15 u. §. 12. Nur im ersten Falle, nämlich bei den im Ausland verübten Verbrechen, tritt statt des Wohnsitzes oder Aufenthaltsortes in dessen Ermanglung der Ort der Ergreifung des Angeschuldigten und demgemäß ein Gerichtsstand der Ergreifung ein.

2) Die befreiten Gerichtsstände sind allgemein, auch hinsichtlich der Standesherren, aufgehoben. Nur hinsichtlich der Mitglieder der großherzoglichen Familie bleibt es bei dem bisherigen Rechte. Gesetz vom 15. Feb. 1851, Reg.-Bl. No. 13, Art. 1.

Die besondere Gerichtsbarkeit für Militärpersonen und Studirende dauert jedoch nach Maaßgabe der seither bestehenden Gesetze***) fort. Art. 2 ebend. Auch bleibt den Standesherren hinsichtlich ihrer Vernehmung als Zeugen der in Str.P.O. §. 147 begründete Ehrenvorzug. Als Angeschuldigte haben sie diesen Vorzug nicht. Vrgl. Str.P.O. §. 195, 196.

In Bezug auf die Unfähigkeit zur Ausübung des Richteramtes und die Ablehnbarkeit der Gerichtspersonen gilt Titel III. der Str.P.O. R.G. über die Strafrechtspflege §. 15.

Hienach ist entsprechend den Vorschriften der bürgerlichen Prozeßordnung die Unfähigkeit zum Richteramt, Str.P.O. §. 20—21, und die Ablehnung wegen besorgter Befangenheit, §. 22—30, näher bestimmt. Die Letztere findet nun in weniger beschränktem Maaße als früher (gemäß §. 5 des alten Strafedikts) statt, insofern sie nur Bescheinigung des gesetzlichen Verdachtsgrundes, nicht mehr „erwiesene Parteilichkeitsgründe" erfordert. Uebrigens kommt sie nur dem Angeschuldigten, desgleichen dem Ankläger (in den wenigen Fällen, wo das Verfahren ausnahmsweise nur auf Anklage des Betheiligten gesetzlich Platz greift)*) niemals aber dem Beschädigten oder Beleidigten zu, selbst wenn er sich dem Strafverfahren angeschlossen hat. Str.P.O. §. 33, 34 verglichen mit §. 328 f.

II. Untersuchungsverfahren im Allgemeinen. Einleitung der Untersuchung und erste Schritte.

Abgesehen von der in R.G. §. 29 für schwurgerichtliche Sachen gegebenen, gemäß §. 145 erst später wirksam werdenden Vorschrift, wonach in solchen Strafsachen künftig eine einfachere, auf Feststellung des Thatbestandes der Verbrechen und vorbereitende Erhebung der Beweise beschränkte Voruntersuchung**) stattfinden soll, nähert sich das nunmehr vorgeschriebene Untersuchungsverfahren, im Allgemeinen sehr dem bisherigen Verfahren, da die Mitwirkung eines Bezirksstaatsanwaltes und Bezirksstrafgerichtes, welche nach der Str.P.O. vom Jahr 1845 eintreten sollte, gänzlich wegfällt und die mündliche Schlußverhandlung auch in hofgerichtlichen Strafsachen keineswegs regelmäßig, vielmehr nur in einzelnen besonders vereigenschafteten Fällen vorkommt, mithin in solchen Sachen eine vollständige Grundlage für die Urtheilsfällung immer nöthig erscheint. R.G. §. 25 und 35.

---

*) Vrgl. hierüber die Regierungs-Motive zu Titel II. Ausführliche Erläuterungen über diesen ganzen Titel in Bekk's Strafprozeßordnung. S. 61—116. D. E.

**) Insoweit solche gemäß Str.G.B. §. 4—6 zu bestrafen sind. D. E.

***) Gesetz vom 12. Februar 1849, Reg.-Blatt No. 6 und 14 und academische Gesetze. D. E.

*) Vergl. unter Theil II. Zif. 1.

Nach Str.P.O. §. 33 hat auch der Staatsanwalt das Recht der Ablehnung. Gemäß R.G. §. 25 fällt jedoch die Mitwirkung von Staatsanwällen bei der Untersuchung hinweg. Die Bezirksstaatsanwälle sind beseitigt. Soll nun der hofgerichtliche Staatsanwalt hier und wo sonst in Titel III. eine Mitwirkung des Staatsanwaltes vorkommt, dafür eintreten? Die Frage wird zu verneinen sein, weil die Einwirkung des Staatsanwaltes auf das Untersuchungsverfahren überhaupt wegfällt. Vergl. indessen R.G. §. 15 und Bekk's Anmerkungen zum Gesetz über die Einführung des Strafgesetzbuches, Strafverfahren u. s. w. S. 14. Die dort in der Note gemachte Bemerkung über unveränderte Einführung des Titels III. wird in obiger Beziehung zu beschränken sein. D. E.

**) Wie eine solche Voruntersuchung mit sachgemäßer Kürze und doch genügender Vollständigkeit, nach Maaßgabe des hier zu berücksichtigenden besonderen Zweckes zu führen ist, wird erst die Erfahrung lehren müssen. Im Falle des Zweifels über die Frage, ob schwurgerichtliche Entscheidung Platz greift, wird die Untersuchung auch künftig fürsorglich vollständig durchgeführt werden müssen. Vergl. Bekk's Anmerkungen S. 23 zu §. 29. D. E.

Schon die Str.P.O. vom Jahr 1845 selbst war auf den Grundsatz der Untersuchung von Amtswegen (das Untersuchungsprincip) gebaut, Str.P.O. §. 2, von Amtswegen sollte auch nach dieser der untersuchende Richter mit gleicher Sorgfalt die Beweise der Unschuld wie der Schuld erforschen, Str.P.O. §. 3, und wenn auch in allen wichtigeren Fällen, in den bezirksgerichtlichen und hofgerichtlichen Strafsachen, dem Staatsanwalt die Erhebung und Begründung der Anklage übertragen war, Str.P.O. §. 215, auch in ebendiesen Fällen sogar der Antrag zur Einleitung einer Untersuchung regelmäßig von ihm auszugehen hatte, Str.P.O. §. 41, und ferner während des Untersuchungsverfahrens dessen Mitwirkung in verschiedenen Beziehungen Platz griff, Str.P.O. §. 41 Zf. 1—4, §. 43 f., §. 62 u. s. w., so beruhte doch diese Einrichtung, im Einklang mit dem Grundsystem des Gesetzes aufgefaßt, mehr auf einer für angemessen erachteten Theilung schwer zu vereinigender Geschäfte als auf einer strengen grundsätzlichen Sonderung der Anklage und der Untersuchungsführung, wie dann auch Staatsanwalt und Untersuchungsrichter als Glieder eines höheren Organismus zusammenwirken, und sich demgemäß wechselseitig unterstützen und vertreten sollten.*) Um so mehr muß daher jetzt, nach dem schon erwähnten Wegfall der staatsanwaltlichen Mitwirkung bei dem Untersuchungsverfahren selbst bei der Voruntersuchung in schwurgerichtlichen Strafsachen, und in Ermanglung einer bei hofgerichtlichen Strafsachen in allen oder auch nur den meisten Fällen regelmäßig eintretenden Anklage und Schlußverhandlung, das geltende Untersuchungsverfahren dem älteren sehr ähnlich erscheinen.

Ueberdieß ist aber auch, entsprechend der bisherigen Einrichtung, das Bezirksamt überall ohne Rücksicht auf Schwere des Verbrechens als untersuchendes Gericht bestellt, R.G. §. 24, und es gehen die dem Bezirksstrafgericht hinsichtlich der Untersuchung vorbehalten gewesene Befugnisse, jetzt allgemein auf das Bezirksamt über, so daß auch die in den beiden Gesetzen vom 10. März 1849 hinsichtlich des Verhaftes, der Durchsuchung von Papieren und Eröffnung von Briefen einer hofgerichtlichen Abtheilung zugewiesen gewesene Entscheidung nunmehr dem Bezirksamt zusteht, R.G. §. 25. Jene Gesetze vom 10. März sind ihren Hauptbestimmungen nach aufgehoben, R.G. §. 26. Ausnahmsweise tritt jedoch gemäß R.G. §. 27 und 124 eine hofgerichtliche Entscheidung zur Wahrung der Rechte des Beschädigten bei nicht erfolgender Einleitung einer Untersuchung nach Str.P.O. §. 328, so wie bei begehrter Wiederaufnahme des Verfahrens, sofern der schon Verurtheilte aus dem Verhafte entlassen werden soll, gemäß Str.P.O. §. 306, auch jetzt noch in Bezug auf das Untersuchungsverfahren ein, zwei Ausnahmen, wovon sich die erste als nothwendig von selbst ergibt, die zweite aber dadurch erklärt, daß schon ein vollzugsreifes Straferkenntniß vorliegt.

Eine genehmigende Mitwirkung des hofgerichtlichen Staatsanwaltes kommt ausnahmsweise gemäß R.G. §. 28 alsdann vor, wenn das Bezirksamt in einer seine Strafzuständigkeit übersteigenden Strafsache die Untersuchung einstellen will.*)

Soviel über das Untersuchungsverfahren im Allgemeinen. Im Besonderen aber sind bei der Einleitung der Untersuchung und schon im ersten Beginne derselben folgende Abweichungen vom früheren Verfahren recht in das Auge zu fassen:

1) In sehr vielen Fällen findet künftig die Einleitung der Untersuchung nur auf Anzeige oder förmliche Anklage des Beschädigten oder seines Vertreters, oder auf Antrag der Polizeibehörde, in einigen Fällen nur auf Anklage oder Antrag des Staatsanwaltes oder mit Ermächtigung des großherzoglichen Justizministeriums statt, nämlich:

A. auf Anzeige des Beschädigten beziehungsweise seines Vertreters in folgenden Fällen:

Leichtere Körperverletzung sowie blos fahrlässige, Str.G.B. §. 238 (nach § 238 kann auch förmliche Anklage erhoben und geeigneten Falls auch auf Antrag der Polizeibehörde das Strafverfahren eröffnet werden, auch kann die Anklage nach R.G. §. 32 bei dem Bürgermeister angestellt werden), Gewaltthätigkeit §. 278, Dro-

*) Vergl. Wilh. Brauer und C. von Jagemann, Beiträge zur Erläuterung der neuen Strafgesetzgebung Band I., S. 156 folgde., Bekk's Strafprozeßordnung S. 13—17, desgleichen den allgemeinen Theil der Regierungsmotive und die ständischen Com.-Berichte und Verhandlungen abgedruckt in Thilo's Strafgesetzgebung Theil II., S. 1 folgde. Hierzu ist aber weiter die vorzüglich zur Beleuchtung dieses Gegenstandes dienende Discussion zu Str.P.O. Titel V. in der 52. öffentlichen Sitzung der ersten Kammer besonders hervorzuheben. D. E.

*) Siehe unten Theil IV., Zif. 3. D. E.

hung und Vorbereitungshandlungen, §. 280, Nothzucht ohne schwerere Verletzung oder öffentliches Aergerniß, Unzucht mit Betäubten u. drgl., §. 338, Entführung, §. 342, 343, Ehebruch, § 349, (auch erhobene Ehescheidungsklage genügt zur strafgerichtlichen Verfolgung), Verführung von Kindern ohne Verletzung gewisser besonderer Pflichten oder öffentliches Aergerniß, §. 361, Familiendiebstahl einschließlich der Entwendung zum Nachtheil von Pflegern und ähnlichen Personen, §. 389, 390, Hausdiebstahl, §. 391, Unterschlagung ohne Verletzung gewisser besonderer Pflichten, §. 405, Gebrauch fremder Fabrikzeichen, §. 444, Betrug in Vertragsverhältnissen mit Ausnahme des im Gewerbe, oder von Banden oder Landstreichern verübten, sodann Betrug überhaupt in den dem Familiendiebstahl und Hausdiebstahl gleichgestellten Fällen, §. 456, 457, Betrügliche Beeinträchtigung von Familienrechten, Versuch betrüglicher Verleitung zur Ehe, §. 476, Verrath von Fabrikzeichen, §. 544, Eröffnung oder Wegnahme fremder Briefe, §. 545, Beschädigung fremder Sachen ohne Gefahr für Leben oder Gesundheit, §. 577, Jagdfrevel, Wilddieberei, Fischereifrevel, §. 654.

B. auf förmliche Anklage des Verletzten oder seines Vertreters.*)

Unerlaubte Selbsthilfe, Str.G.B. §. 279, falsche Beschuldigung, Verläumdung und Ehrenkränkung in der Regel, §. 315 (die Anklage wegen Ehrenkränkung und Selbsthülfe kann, sowie die schon unter A. erwähnte Anklage wegen Körperverletzung gemäß R.G. §. 32 auch bei dem Bürgermeister erhoben werden, und es muß der Anklage wegen Ehrenkränkung ein Versöhnungsversuch vor dem Bürgermeister vorhergehen, wenn beide Theile unter seiner Gerichtsbarkeit stehen, R.G. §. 33. Ist die verletzende Handlung schon als ein anderes Verbrechen bestraft worden, so findet eine Anklage wegen Ehrenkränkung deßhalb nicht mehr statt. Str.P.O. §. 320.) Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener, §. 321, (Wegen Preßvergehen vergl. Preßgesetz §. 35 und 41.)

C. auf Antrag der Polizeibehörde:

Bruch der polizeilichen Aufsicht, Str.G.B. §. 28, Körperverletzung obiger Art mit Störung der öffentlichen Ruhe und Ordnung, wenn der Verletzte selbst die Untersuchung nicht veranlaßt, §. 238, Schädliche Beimischung bei Nahrungsmitteln, §. 250, unbefugte Ausübung der Heilkunde in dem Fall des §. 255 Zf. 2, Ueberschreitung der Licenz in gleichem Falle, §. 256, Kindesaussetzung ohne Gefahr für Leben, Gesundheit oder Familienstand, §. 260, Aussetzung hilfloser Personen ohne ebensolche Gefahr, §. 261, Unzucht zu öffentlichem Aergerniß, §. 359, Kuppelei, §. 363, Preisgebung angesteckter Lustdirnen, §. 369, Aufsuchen der Gelegenheit zur Unzucht durch Lustdirnen, §. 270, Fälschung an Maaß und Gewicht, §. 441, Verletzung ärztlicher Verschwiegenheit (nur nach Anzeige der Betheiligten) §. 541, Feuerverwahrlosung, §. 562, Beschädigung fremder Sachen ohne Gefahr für Leben oder Gesundheit, wenn die Sache öffentliches Eigenthum ist, §. 577, Verbreitung einer Viehseuche, §. 581, Störung des Gottesdienstes, §. 585, Beschädigung öffentlicher Anschläge, §. 620, Preßpolizeivergehen, Preßgesetz §. 15. (Antrag der Polizeibehörde oder des Staatsanwaltes.)

D. auf Anklage des Staatsanwaltes:*)

Preßvergehen, sofern sie nicht blos Ehrenkränkung oder Verläumdung von Privatpersonen enthalten, Preßgesetz §. 35, (wegen Preßpolizeivergehen siehe oben unter C), Ehrenkränkung gegen öffentliche Behörden oder Diener in Ausübung ihres Dienstes, desgl. Ehrenkränkung, so wie auch falsche Beschuldigunng und Verläumdung gegen solche Diener in Beziehung auf ihre Dienstführung oder doch von der in Str.G.B. §. 318 bezeichneten folgenwichtigen Art, §. 317, 318, Beleidigung gegen fremde Regenten oder Gesandte nach Maaßgabe des §. 319, sowie Hochverrath gegen befreun-

---

*) Ueber die Zurücknahme der Anklage wegen falscher Beschuldigung, Verläumdung und Ehrenkränkung enthält Str.G.B. §. 322 eine Bestimmung, welche auch auf die übrigen Fälle der Anklage Anwendung finden kann. Dies ergibt sich aus den Regierungs-Motiven zu §. 278 und 288 des Entwurfes. Bei den auf Anzeige des Verletzten verfolgten Verbrechen dagegen ist die Zurücknahme der einmal geschehenen Anzeige in der Regel wirkungslos. Ausnahmen in §. 352, 394, 406, 457, 576 bei Ehebruch, Familien- und Hausdiebstahl u. s. w. Vergl. bes. Regierungs-Motive zu Titel IX. des Entwurfes und Thilo's Strafgesetzgebung Theil I., S. 209 Note 2 zu Str.G.B. §. 190.
D. E.

*) Wegen Zurücknahme der Anklage ist die vorhergehende Note zu vergleichen.
D. E.

dete auswärtige Staaten nach Maßgabe des §. 596 (in diesen beiderlei Fällen zugleich Ermächtigung des Justizministeriums.)

E. auf Ermächtigung des Justizministeriums: Majestätsbeleidigung, so wie Beleidigung der Großherzogin, des Erbgroßherzogs oder eines anderen Mitgliedes des großh. Hauses nach Maaßgabe des § 614 verglichen mit §. 607.

2) Ist ein zu verfolgendes Verbrechen etwa schon vor längerer Zeit verübt, so ist vor Allem zu prüfen, ob nicht die gerichtliche Verfolgung gemäß Str.G.B. §. 190 — 193 durch Ablauf von 10 beziehungsweise 20 Jahren oder etwa noch kürzerer Frist schon verjährt erscheint. Die nur auf Anzeige oder Anklage zu bestrafenden Verbrechen verjähren nämlich schon in 2 Jahren von der Zeit der That oder später erlangter Kenntniß an, Str.G.B. §. 190 Zif. 3, während falsche Beschuldigung, Verleumdung und Ehrenkränkung sogar schon in 6 Monaten beziehungsweise 1 Jahr verjähren, Str G.B. §. 323 — 325. Wegen Preßvergehen vergl. §. 27 des Preßgesetzes. *)

3) Es ist ferner nicht zu übersehen, daß Entwendung, Unterschlagung, sowie Betrug im Werth von nicht mehr als 1 Gulden im ersten und zweiten Fall unter den Voraussetzungen des Str.G.B. §. 477 nur als Polizeifrevel bestraft wird. Ebenso werden im ersten und zweiten Fall, zum Theil unter weiteren besondern Voraussetzungen nur polizeilich bestraft: Beschädigung aus Muthwillen im Werth von höchstens 10 Gulden §. 575, Feldfrevel §. 397 398, Jagdfrevel, Wilddieberei §. 651, Fischereifrevel § 653, unbefugte Ausübung der Heilkunde §. 255, Ueberschreitung der ärztlichdn Licenz §. 256, Aufsuchen der Gelegenheit zur Unzucht durch Lustdirnen §. 370, Landstreicherei §. 639.

4) Der Beschädigte kann sich dem eingeleiteten Strafverfahren anschließen und zwar nicht blos hinsichtlich seiner etwaigen Ersatzforderung, sondern auch hinsichtlich des Strafpunktes selbst. Eine solche Anschließung an das Strafverfahren, welche von der Anschließung an den Rekurs (s. unten Theil V) wohl zu unterscheiden ist, gewährt dem Beschädigten zur Wahrung seines Interesses, sowohl hinsichtlich der Ueberweisung und Bestrafung des Thäters, als hinsichtlich der Entschädigung eine gewisse untergeordnete Mitwirkung bei der Untersuchung, worüber Str.P.O. §. 329 — 331, §. 333 folgde., in Wirksamkeit gesetzt durch N.G. §. 27, das Nähere enthält.

Eine selbstständigere Mitwirkung hat der Ankläger (in den wenigen Fällen, wo das Verfahren auf Anklage des Verletzten eintritt, oben Zif. 1 B. und D.) sowohl hinsichtlich der Beweisführung und des Rekurses, als überhaupt hinsichtlich des Strafpunktes selbst, wobei seine Anträge von entscheidendem Gewicht sind. Str.P.O. §. 332 338.

Außer den erwähnten Fällen des Verfahrens auf Anklage findet ein Beschuldigungsprozeß im Sinne des §. 8 des alten Strafediktes und gemeinen deutschen Rechtes nicht mehr Statt. Der Beschädigte, auch der Anzeiger, kann die Einleitung einer Untersuchung nicht kraft eigenen Rechtes fordern, vielmehr nur geeigneten Falles die Einschreitung des vorgesetzten Hofgerichtes veranlassen. N G. §. 27. Str.P.O. §. 328.

5) Die Verdachtsgründe, welche die Behandlung einer bestimmten Person als Angeschuldigten rechtfertigen, sind sogleich vor oder unmittelbar nach ihrer ersten derartigen Vernehmung zu Protokoll zu bemerken *), wenn nicht das mehrerwähnte Verfahren auf Anklage des Verletzten (Zif. 1 B. u. D. oben) Platz greift, in welchem Falle schon auf die erheblichen Behauptungen des Anklägers hin der Angeklagte als solcher vernommen wird. Str.P.O. §. 193 194.

6) Die Ladung des Angeschuldigten sowie der Zeugen und Sachverständigen geschieht künftig immer mittelst eines förmlichen schriftlichen Erlasses **), nämlich entweder auf einfacherem Wege so, daß wenigstens der schrift-

*) Von der Verjährung der gerichtlichen Verfolgung ist die Verjährung der schon erkannten Strafen, Str.P.O. §. 194 flgde., zu unterscheiden. Hierüber in Theil VI. am Schlusse.

D. E.

*) Eine starre Scheidung des Verfahrens in General- und Special-Untersuchung liegt aber nicht im Sinne des Gesetzes, welches auch ein förmliches Erkenntniß über Eröffnung der Untersuchung gegen die bestimmte Person nicht fordert. Vergl. Bell's Strafprozeßordnung S. 11. In manchen Fällen wird die Beurkundung der Verdachtsgründe zweckmäßig auch im Laufe der Vernehmung selbst eingeschaltet werden können.

D. E.

**) Wegen Bezeichnung des betreffenden Verbrechens in der Ladungsverfügung s. Str.P.O. §. 137.

D. E.

liche Befehl dem Vorzuladenden zur Einsicht vorgewiesen wird, oder im Wege schriftlicher Zufertigung so, daß demselben die schriftliche Ladung vom Bürgermeister oder Gerichtsboten nach Maaßgabe der Paragraphen 261 folgende der bürgerlichen Prozeßordnung zugestellt wird. Str.P.O. §. 135. Dieses gilt auch von Eröffnungen anderer Art. Str.P.O. §. 136. (Wie die Berechnung der Fristen geschieht, ist in Str.P.O. §. 139 bestimmt, siehe weiter unten Theil V.) Daß aber die Beurkundung über gehörig geschehene Eröffnung, so oft solche nach Lage der Sache von Belang erscheint, zu den Akten zu bringen ist, ergibt sich von selbst; blose Ausfertigungszeichen (sog. Expeditionszeichen) wie sie bisher üblich waren, können die Beurkundung, wo es auf solche ankommt, nicht ersetzen, dagegen ist die mündliche Eröffnung von Beschlüssen durch das Gericht selbst mit gehöriger Beurkundung zu Protokoll nirgend ausgeschlossen, vergl. Str.P.O. §. 184.

7) In den zur bezirksamtlichen (amtsgerichtlichen) Zuständigkeit gehörenden Straffachen*) findet nach Maaßgabe der Str.P.O. §. 170 171 die Androhung des Zugeständnisses und ein dieser entsprechendes Ungehorsamsverfahren gegen den ausbleibenden Angeschuldigten Statt und zwar, wo blos eine Geldstrafe in Frage steht, immer an der Stelle der sonst eintretenden Vorführung, in anderen amtsgerichtlichen Straffachen dagegen nach Ermessen des Richters zur Vermeidung der Vorführung. Hiebei ist stets schriftliche Zustellung der bedrohenden Vorladung an den Angeschuldigten in Person erforderlich Str.P.O. §. 135.

8) Ist aber der des Verbrechens Verdächtige flüchtig oder doch abwesend (an seinem Wohnsitz oder Aufenthaltort nicht aufzufinden), so tritt immer das in R.G. Tit. XII., §. 126—142 vorgezeichnete besondere Verfahren ein. Dieses entspricht, einige nicht bedeutende Abweichungen und Zusätze abgerechnet, dem provisorischen Gesetz vom 1. Aug. 1849.

*) Welche Straffachen amtsgerichtliche sind bestimmt jetzt R.G. §. 16. Es wird aber hier weiter erfordert, daß ein die Zuständigkeit des Bezirksamtes nicht übersteigendes Strafmaaß, also jetzt höchstens acht Wochen Amtsgefängniß und höchstens nicht fest bestimmte Geldstrafe von 300 fl. einzutreten hätte. Str.P.O. §. 170. R.G. §. 17. Ueber dieses Ungehorsamsverfahren überhaupt vergl. Brauer und Jagemann Beiträge H. I. S. 123 und wegen Wiederherstellung gegen das Versäumungserkenntniß s. Theil V. unten D. E.

9) In Bezug auf die Vorführung und Verhaftung treten nunmehr die Vorschriften der Str.P.O. Tit. XIV, §. 169—191 nach Aufhebung des Gesetzes vom 10. März 1849 in ihrer ursprünglichen Gestalt in Wirksamkeit, doch fällt die Mitwirkung des Staatsanwaltes und Bezirksstrafgerichtes, beziehungsweise einer hofgerichtlichen Abtheilung, den schon oben besprochenen Ausnahmsfall bei begehrter Wiederaufnahme des Verfahrens (R.G. §. 124) abgerechnet, hiebei weg. R.G. §. 25. Der Beschluß über Vorführung und Verhaft, dessen Fortdauer und Aufhebung steht demgemäß bis zum Schluß der Untersuchung dem Untersuchungsrichter allein zu.*) Die Freilassung gegen Sicherheitsleistung ist hienach überall, auch bei Verbrechen, die keine Strafe von mehr als 3 Jahren Zuchthaus nach sich ziehen, wieder mehr in das Ermessen des Richters und zwar zunächst des Untersuchungsrichters gestellt. Die Bestimmung des § 176, Zif. 2 der Str.P.O. ist wieder unzweifelhaft zur Geltung gelangt. Hinsichtlich der Form der Verhaftsbefehle ist die übertriebene Förmlichkeit des Art. 2 des Gesetzes vom Jahr 1849 (der Grundrechte) auf das natürliche Maaß der Zweckmäßigkeit und Nothwendigkeit zurückgeführt, so daß schriftliche Zustellung nicht mehr schlechthin erfordert wird, vielmehr protokollarische Eröffnung und Beurkundung geeigneten Falles genügt. Str.P.O. §. 184 Um so mehr wird man daher erwarten dürfen, daß die gegebene Vorschrift überall beobachtet wird, was bei der früheren strengeren Bestimmung, in Folge der bisherigen Ausnahmszustände, keineswegs der Fall war.

Indem ich im Uebrigen hier auf meine frühere ausführliche Darstellung im Jahrg. XVII., No. 15 16 dieser Blätter**) und auf das Gesetz selbst, dessen genaue Ver-

*) In seinen Anmerkungen zum neuen Gesetz S. 28 stellt Bekk, gestützt auf eine Ansicht der Commission der zweiten Kammer, die übrigens nicht im Bericht niedergelegt scheint, den Satz auf, daß die Vorschrift des §. 13 des Gesetzes vom 3. August 1837, wonach das Hofgericht jeweils über die Fortdauer des Verhaftes förmlich zu erkennen hat, wenn ihm die Acten zukommen, auch fernerhin in Kraft bleibe. Allein, daß in dieser Richtung das Gesetz vom Jahr 1837 nicht mehr als maaßgebend anzusehen ist, dürfte aus §. 4, 25, 35 und 110 des neuen Gesetzes nachzuweisen sein. Hiefür hat sich auch das Hofgericht in Mannheim sofort entschieden. Der Angeschuldigte verliert hiebei nichts, da die Prüfung der Rechtsmäßigkeit des Verhaftes von Seiten des Hofgerichtes immerhin eintritt, und die Erledigung der Hauptsache um so mehr gefördert wird. Vrgl. auch Annalen Jahrg. XVII., S. 121. D. E.

**) Ueber Untersuchungshaft nach der Str.P.O. ein Aufsatz in Brauer und Jagemann Beiträge H. I., S. 131—151. Ferner

gleichung hier besonders wichtig ist, hinweise, bringe ich die bisher auch nicht immer gehörig beobachtete Bestimmung in Erinnerung, daß der sog. Collusionsverhaft nur bei nicht ganz leichten Vergehen (wenigstens Kreisgefängniß), höchstens auf die Dauer von 10, beziehungsweise 20 Tagen, und niemals wegen besorgter Collusion mit Zeugen, vielmehr nur mit Rücksicht auf Mitschuldige Statt findet, Str.P.O. §. 174 175, die Sicherheitsleistung aber nun wie billig von dieser Art des Verhaftes keinesfalls mehr befreien kann.

Die handgelübdliche Versicherung des Nichtentweichenwollens (juramentum de non evadendo), durch vernünftigen Gerichtsgebrauch ohnehin meist außer Anwendung gesetzt, kann fortan nicht mehr Platz greifen. Dagegen kommt hinsichtlich der Ertheilung des sicheren Geleites, Str P.O. §. 313 314, in Anwendung. R.G. §. 128.

Wegen Ablieferung der von Polizeibehörden als eines Verbrechens verdächtig festgenommenen Personen an das Untersuchungsgericht gibt R.G. §. 26, Zif. 1 verglichen mit Str.P.O. §. 51, 46 — 48 Maaß, die vorläufige Einschreitung des Staatsanwaltes in ähnlichen Fällen fällt aber nach R.G. §. 25 weg. *)

10) Hinsichtlich der Form der Protokolle gelten im Wesentlichen die bisher üblichen Regeln. Es ist indessen jedesmal nicht blos Ort, Jahr und Tag, sondern auch die Tageszeit darin zu bezeichnen. Eine allgemeine Bezeichnung (z. B. „Morgen, Abend" u. s. w.) wird nach dem Zwecke des Gesetzes in gewöhnlichen Fällen genügen; ist aber die Stunde des Tages nach Umständen von besonderer Wichtigkeit für die Untersuchung, so ist die nähere Angabe derselben am Platze. Str.P.O. §. 80.

Erhebliche Abänderungen des Niedergeschriebenen sind im Protokoll besonders zu bemerken und von dem Vernommenen zu genehmigen, ordnungswidrige Durchstriche und Einschaltungen zu vermeiden. Str.P.O. §. 82.

III. Weiterer Gang des Verfahrens, insbesondere Benützung der verschiedenen Beweismittel.

Da der Zweck der vorliegenden Zusammenstellung sich auf die Hauptabweichungen des jetzigen Verfahrens gegenüber dem älteren beschränkt, in diesem Theil des Verfahrens aber das neue Recht vom alten im Wesentlichen wenig abweicht, so wird hier nur folgendes hervorgehoben:

1) In Bezug auf die Haussuchung, mag sie zum Beweise der Thäterschaft oder des Thatbestandes oder zur Entdeckung des Thäters erforderlich erscheinen, so wie in Bezug auf die Beschlagnahme von Briefen des Angeschuldigten ist das Gesetz vom 10. März 1849 aufgehoben, und es treten die Vorschriften der Str.P.O. Tit. XI., §. 112 – 134 demgemäß ebenfalls in ihrer ursprünglichen Gestalt in Kraft, nur fällt die Einwirkung des Staatsanwaltes, wo solche hiebei gesetzlich vorkommen sollte, sowie des Bezirksstrafgerichtes, beziehungsweise einer hofgerichtlichen Abtheilung, hier ebenfalls, und zwar ohne Ausnahme hinweg. R.G. §. 26.

(Fortsetzung folgt.)

---

ist die spätere Abhandlung in Annalen XVII. No. 36 flgde. zu vergleichen, deren Ergebnisse im Wesentlichen ganz mit meiner angeführten Darstellung übereinstimmen. D. E.

*) Jener §. 26 enthält ferner Bestimmungen über Haftung und Entschädigungspflicht der schuldigen Personen und des Staates in Fällen widerrechtlich verfügtee oder verlängerter Gefangenschaft, welche dem Art. 4 des Gesetzes vom Jahr 1849 entsprechen. Durch den Beisatz „aus Vorsatz oder grober Verschuldung" ist die frühere Strenge gemildert.

D. E.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. **No. 21.** **Mannheim, 24. Mai 1851.**

I.

Das neue Untersuchungs- und Strafverfahren der Bezirksämter; dargestellt in seinen Hauptabweichungen vom bisherigen Recht.

(Fortsetzung u. Schluß.)

Die Nothwendigkeit schriftlicher Zustellung der Gründe der fraglichen Maaßregeln innerhalb 24 Stunden ist also beseitigt; es genügt bei der Haussuchung die Bemerkung des Anlasses und der Gründe im Protokoll gemäß Str.P.O. §. 117 und bei der Beschlagnahme von Briefen die sofortige Benachrichtigung des Angeschuldigten gemäß Str.P.O. §. 125, während im Uebrigen die schon seit dem März 1849 zu beobachtenden Vorschriften des erwähnten Titels XI. fernerhin maaßgebend sind.*)

Nicht zu übersehen ist aber, daß die Eröffnung von Briefen oder Durchsuchung von Papieren bei ganz leichten Vergehen, nämlich solchen, die nur Geldstrafe oder Amtsgefängniß (nicht wenigstens Kreisgefängniß, wie bei dem s. g. Collusionsverhaft, Str.P.O. §. 174 Zf. 2) nach sich ziehen können, gar nicht erlaubt ist. Str.P.O. §. 134.

2) Bei dem Augenschein sind zwar wie bisher zwei Urkundspersonen erforderlich, indessen werden etwa beigezogene Kunstverständige, je Einer gleich einer Urkundsperson, mit in Berechnung gebracht.**) Str.P.O. §. 77.

3) Ueber die Person der Sachverständigen ist der Angeschuldigte künftig ähnlich wie die Betheiligten im bürgerlichen Prozeß, nur in kürzester Weise, vor der Beaugenscheinigung mit etwaigen Einwendungen zu hören. Str.P.O. §. 90. Die Sachverständigen sind, sofern sie nicht als ständig bestellte schon ein für allemal beeidigt sind, in der Regel noch vor der Beaugenscheinigung eidlich oder, in Sachen bezirksamtlicher Strafzuständigkeit, handgelübdlich in der gesetzlich bestimmten Form zu verpflichten. Str.P.O. §. 19, §. 154.

4) Bei Körperverletzungen aller Art genügt nur die Besichtigung durch den Einen der Gerichtsärzte, den Amtsarzt oder Amtswundarzt. Str.P.O. §. 108.*)

5) Bei Tödtungen (in Fällen gewaltsamen Todes) dagegen sind zur Leichenschau und Leichenöffnung jedesmal beide Gerichtsärzte beizuziehen; auch ist, soweit es ohne Verzögerung thunlich erscheint, überdieß der Arzt oder Wundarzt, welcher etwa sonst den Verstorbenen in Bezug auf die fragliche Verletzung behandelt hat, hiezu einzuladen. Haben beide Gerichtsärzte selbst den Verstorbenen behandelt, so muß immer noch ein anderer Arzt beigezogen werden, hat aber nur Einer von beiden Gerichtsärzten den Verstorbenen behandelt, so hängt die Beiziehung eines weiteren Arztes vom Ermessen des Gerichtes ab. Str.P.O. §. 103, 104.

Vor Beginn der Leichenöffnung ist die Leiche nicht nur solchen Personen, die den Verstorbenen gekannt haben, sondern auch demjenigen, welcher etwa schon als der That verdächtig in Untersuchung gezogen worden ist, zur Anerkennug vorzuzeigen. Str.P.O. §. 101.

6) Was für Fragen in dem gerichtsärztlichen Gut-

---

*) Ein Aufsatz über Haussuchung nach der Str.P.O. in Annalen Jahrg. XIV. Nr. 37, desgl. in Brauer und Jagemann Beiträge B. I. S. 309—328 ein solcher über Haussuchung und Beschlagnahme der Papieren. D. E.

**) Wegen gerichtsärztlicher Besichtigung vergl. Zif. 4 und 6 unten. D. E.

*) Also eine blos gerichtsärztliche Besichtigung in vereinfachter Weise ohne einen richterlichen Augenschein. Vergl. aber das weiter unten (Zif. 6) Bemerkte. D. E.

achten über Tödtungsfälle regelmäßig zu beantworten sind, ist in Str.P.O. §. 105 ausdrücklich vorgezeichnet. (Die frühern gesetzlichen Grade der Tödtlichkeit — absolut, an sich, zufällig tödtlich — fallen hienach und in Folge des Str.G.B. §. 294 flgde. hinweg.) Im gerichtsärztlichen Gutachten über Körperverletzungen dagegen sind die aus Str.G.B. §. 225 flgde. sich ergebenden Fragen zu beantworten, so daß das Gutachten nunmehr nach Maaßgabe der wesentlichen Abweichungen der neuen Gesetzesbestimmungen im Vergleich mit dem früheren Recht sich wesentlich umgestalten muß. Das Endgutachten wird bei Körperverletzungen nach Maaßgabe der Str.P.O. §. 108 verglichen mit der allgemeinen Regel des §. 88 ebenso wie die Besichtigung von Einem der beiden Gerichtsärzten abzugeben sein, es sei denn, daß der Richter bei schwereren Körperverletzungen die Vornahme eines gerichtlichen Augenscheines unter Beizug beider Gerichtsärzte wegen Wichtigkeit oder Zweifelhaftigkeit des Falles für nöthig finden und demgemäß auch die Begutachtung durch beide Gerichtsärzte Platz greifen sollte.*)

In den Fällen der §§. 97, 98, wegen Dunkelheit, Unvollständigkeit, Unbestimmtheit, Widerspruchs u. s. w. ist überdieß der Ausspruch des hofgerichtlichen Medicinalreferenten einzuholen, ja der Angeschuldigte kann ein solches Obergutachten in allen Fällen ohne Angabe eines Grundes verlangen, §. 99. Das dem Staatsanwalt in ebendiesem §. 99 eingeräumte gleiche Recht fällt in Folge des R.G. §. 25 Abs. 2 für jetzt weg, da es sich hier um eine Einwirkung auf die Untersuchung handelt, welche dem Bezirksstaatsanwalt zukommen sollte, dem hofgerichtlichen Staatsanwalt aber nirgend übertragen ist.

7) Gegen Personen, welche sich ein ungebührliches Betragen oder Beleidigungen gegen das Gericht erlauben, ist der Untersuchungsrichter, gleich wie auch nach dem früheren Rechte**), befugt, eine Strafe bis zu drei Tagen Gefängniß, beziehungsweise eine entsprechende Schärfung, wenn die zu bestrafenden schon verhaftet sind, sofort zu erkennen und zu vollziehen. Str.P.O. §. 85 verglichen mit §. 240 und R.G. §. 91. Nach der Fassung der Str.P.O. §. 85 in Vergleichung mit §. 240 könnte es wohl scheinen, als ob dem Untersuchungsrichter das Recht des alsbaldigen Strafvollzuges ohne Rücksicht auf etwaiges Rechtsmittel nun nicht mehr zustände. Aus den landständischen Verhandlungen läßt sich jedoch ersehen, daß eine derartige Beschränkung keineswegs beabsichtigt wurde.*)

Wie gegen widerspenstige Zeugen verfahren werden soll, ist in Str.P.O. §. 144, 145 näher bestimmt.

IV. Schluß der Untersuchung. Urtheil.

1) Am Schlusse der Untersuchung, wenn alle dem Richter bekannt gewordenen Kenntnißquellen gehörig benützt, mithin neue erhebliche Aufklärungen nicht zu erwarten sind,**) oder wenn, was die schwurgerichtlichen Straffälle betrifft, die Voruntersuchung bis zu dem in R.G. §. 29 geforderten Stande der Vorbereitung gediehen ist, fertigt der Untersuchungsrichter, sofern er nicht selbst auch das Urtheil zu geben hat, binnen 8 Tagen die in R.G. §. 30 (womit Str.P.O. §. 204 zu vergleichen) vorgeschriebene Zusammenstellung aller erheblichen Anschuldigungs- und Entlastungsbeweise sowohl in Bezug auf den Thatbestand des Verbrechens mit seinen erschwerenden oder mildernden Umständen, als in Bezug auf die Ueberführung des Angeschuldigten***), und befragt den Letzteren nach mündlicher Eröffnung dieser Zusammenstellung über etwaige fernere Entlastungsbeweise, zu deren Bezeichnung der Angeschuldigte drei Tage Bedenkzeit verlangen darf.

Hierauf, wonöthig nach Erhebung der vorgeschlagenen

---

*) Hierüber ausführlich Beff in seiner erläuterten Strafprozeßordnung S. 301—304. Der im Gesetz zu findende scheinbare Widerspruch wird in solcher Weise zur Lösung gebracht.
D. E.

**) Verordnung vom 21. April 1832, Reg.-Blatt No. 22 §. 33 und Verordnung vom 5. Dez. 1834 in den Anzeigeblättern.
D. E.

*) Siehe Thile Strafgesetzgebung Theil II. S. 82, 83 und Beff Strafprozeßordnung S. 248.
D. E.

**) Vergl. Str.P.O. §. 202 und 203. R.G. §. 25. Obwohl nur Str.P.O. §. 203 ausdrücklich für geltend erklärt ist, so ergibt sich doch nach dem Inhalt des letzteren und nach der Natur der Sache die Anwendbarkeit des §. 202 von selbst. Der mehrerwähnte §. 203 enthält eine besondere Vorschrift für den Fall, wo mehrere Verbrechen des nämlichen Angeschuldigten Gegenstand der Untersuchung sind.
D. E.

***) Ueber Zweck und Einrichtung dieser Zusammenstellung nach dem System der Strafprozeßordnung vergl. die Regierungsmotive zu Str.P.O. Titel XVI. Sie soll nur das Wesentliche in übersichtlicher Kürze enthalten. Was im Ergebniß für die Urtheilsfällung unerheblich ist, bleibt weg. Meinungsäußerungen des Richters gehören nicht in dieselbe. Oftmals kann sie in einer einfachen Schlußfrage bestehen.
D. E.

Beweise, geschieht die Vorlage der Acten an das Hofgericht, beziehungsweise in schwurgerichtlichen Straffachen künftig an den hofgerichtlichen Staatsanwalt, welcher dann bei der Anklagekammer seine Anträge zu stellen hat. Vorerst jedoch hat die Vorlage gemäß N.G. §. 145 auch in Fällen der letzteren Art noch an die Hofgerichte zu geschehen und es muß demgemäß auch die Untersuchung vollständig, nicht blos vorbereitend, geführt sein.

2) Hinsichtlich der *Bestellung eines Vertheidigers* fehlt es, abgesehen von der in N.G. §. 86 und 83 für schwurgerichtliche Sachen und in §. 111 für Recurse an das Oberhofgericht sowie der in §. 133 hinsichtlich der Abwesenden und Flüchtigen gegebenen Vorschrift, wozu noch die Vorschrift des neuen Preßgesetzes §. 49, 62 kommt, zur Zeit an einer ausdrücklichen, allgemein zureichenden Bestimmung. Indessen wird der §. 214 der Str.P.O., insbesondere Absatz 4, obwohl derselbe nicht allgemein eingeführt ist, in Vergleichung mit den obenerwähnten Vorschriften eine angemessene Richtschnur darbieten. Es wird, wo nicht die Bestellung eines Vertheidigers nach jenen Vorschriften ohnedieß *nothwendig* geschehen muß, ganz dem Angeschuldigten überlassen bleiben, in hofgerichtlichen Straffachen einen Vertheidiger rechtzeitig zu bestellen, die früher vorgeschriebene Befragung wegen Aufstellung eines solchen*) wird somit wegfallen, dem vermögenslosen Angeschuldigten aber nur *auf sein Verlangen nach Wichtigkeit und Verwicklung des Falls* von Amtswegen ein Vertheidiger zu bestellen sein.

3) *Eine Einstellung der Untersuchung* durch den Untersuchungsrichter wegen klar voraussichtlicher Erfolglosigkeit u. s. w. findet in den die Gerichtsbarkeit des Bezirksamtes übersteigenden Straffachen, auch wenn noch keine bestimmte Person angeschuldigt ist, nur mit Zustimmung des hofgerichtlichen Staatsanwaltes Statt, welcher in diesem Falle ausnahmsweise schon auf das Untersuchungsverfahren eine Einwirkung ausübt. N.G. §. 28. Liegt aber eine an sich zur amtlichen Strafgerichtsbarkeit gehörige Sache (N.G. §. 16) vor, so bedarf es dieser Zustimmung nicht, wenn auch im einzelnen Falle ein die Befugniß des Bezirksamts übersteigendes *Strafmaaß* (N.G. §. 17) in Frage steht.*)

4) Steht das *Straferkenntniß* dem Bezirksamt selbst zu, was in den in N.G. §. 16 aufgezählten Sachen, übrigens gemäß §. 17 immer nur insofern Statt findet, als nicht eine das Maaß von 8 *Wochen* Amtsgefängniß übersteigende Freiheitsstrafe oder eine nicht in festbestimmtem Betrag angedrohte Geldstrafe von mehr als 300 Gulden in Frage steht, und als nicht bei dem Zusammentreffen mehrerer abzuurtheilender Vergehen etwa das eine derselben, abgesehen von der Straferhöhung wegen des Zusammentreffens selbst, sich zur hofgerichtlichen Aburtheilung eignet, (N.G. §. 19, 20) so hat das Untergericht sein Erkenntniß in einer der folgenden Formen zu geben, welche an die Stelle der so oft unpassenden und künstlich vervielfältigten Formeln des alten Strafedictes treten:

A. „*Daß kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung vorhanden sei,*" wird ausgesprochen, wenn es an einem verletzten Strafgesetze oder an genügenden Beweise der Anschuldigung fehlt. N.G. §. 106. Der Angeschuldigte ist zugleich von den Kosten freizusprechen, sofern er nicht die Verdachtsgründe nach Maaßgabe der näheren Bestimmung der Str.P.O. §. 355 selbst rechtswidrig hervorgerufen hat. N.G. §. 308. Str.P.O. §. 355. Statt der Entscheidungsgründe genügt hier die kurze Angabe des Grundes z. B. „*wegen Unzulänglichkeit des vorliegenden Beweises*" u. s. w. N.G. §. 35.

B. „*Daß der Angeschuldigte N. N. von der Anschuldigung* . . . (des ihm zur Last gelegten Verbrechens) *freigesprochen werde,*" wird erkannt, wenn aus einem andern Grunde (nicht aus den unter A. bezeichneten Gründen) die Lossprechung des Angeschuldigten sich rechtfertigt, z. B. wegen mangelnder Zurechnungsfähigkeit oder wegen gesetzlicher Entschuldigung, Nothwehr u. dgl., oder auch wegen gelungenen Gegenbeweises. N.G. §. 106, 105.**) Hinsichtlich der Freisprechung von den

---

*) Vergl. §. 38 der Verordnung vom 20. Februar 1829 über die Geschäftsform bei den Untergerichten, §. 17 des frühern Strafedictes und Verordnung vom 4. Juni 1805 Reg.-Blatt No. 81, auch Art. XXI. des Regierungs-Entwurfes des Einführungsedictes zum Strafgesetzbuch (vom Sept. 1850).

Ueber das jetzige Recht vergleiche *Bekk's Anmerkungen zum Gesetze* u. s. w. S. 30—31 und S. 64—68, über die Vertheidigung nach dem System der Strafprozeßordnung: *Brauer und Jagemann* Beiträge S. 342 flgde. D. E.

*) Dieß ergibt sich aus N.G. §. 18, womit Str.P.O. §. 66 und 62 zu vergleichen ist. *Bekk's Anmerkungen* S. 23. D. E.

**) Man vergleiche hier die theilweise abweichende Bestimmung für *Hofgericht* und *Anklagekammer*, N.G. §. 35 und 79, Str.P.O. §. 206. *Bekk* Anmerkungen S. 94. D. E.

Kosten gilt hier ganz das zu A. Bemerkte. R.G. §. 108. Str.P.O. §. 355. Dagegen sind hier nach der für Enderkenntnisse geltenden allgemeinen Regel die Entscheidungsgründe *), in näherer, obwohl kurzer, Ausführung beizufügen.

Zu bemerken ist, daß diese Art der Lossprechung, sowie auch die unter A. angeführte, überhaupt jede nicht in Verurtheilung bestehende Erledigung der Untersuchung in den gemäß R.G. §. 16 an sich zur bezirksamtlichen Gerichtsbarkeit gehörigen Strafsachen ohne Rücksicht auf etwaiges höheres Strafmaaß dem Bezirksamte zukommt, wie dies schon oben angedeutet wurde. Nur wenn der Angeschuldigte nach Ansicht des Bezirksamtes zu verurtheilen ist, tritt wegen des die Gerichtsbarkeit desselben übersteigenden Strafmaaßes gemäß R.G. §. 18 die Vorlage der Akten an das Hofgericht ein, in welchem Falle eine kurze Begründung der Ansicht beizufügen und hinsichtlich der zu fertigenden Zusammenstellung nach R.G. §. 30 zu verfahren ist.

C. Im Falle der Verurtheilung des Angeschuldigten ist auszusprechen: „daß der Angeschuldigte — als Urheber **) oder Gehilfe — des ihm zur Last gelegten Verbrechens, und mit welchen erschwerenden oder mildernden Umständen schuldig sei, und zu welcher Strafe er deßhalb verurtheilt werde." R.G. §. 107. Zugleich wird derselbe gemäß Str.P.O. §. 351 flgde. in die Prozeßkosten und die Kosten der Urtheilsvollstreckung verfällt. Diesem Erkenntniß sind gleichfalls Entscheidungsgründe beizufügen. ***)

---

*) Das neue Gesetz enthält an dem entsprechenden Orte, §. 107, hierüber keine ausdrückliche Vorschrift. Da aber sowohl nach dem alten Rechte, §. 1 des Gesetzes vom 3. August 1837, als nach Str.P.O. §. 243 und längst anerkannten allgemeinen Grundsätzen diese Regel gilt und deren Beseitigung überall nicht beabsichtigt wurde, so kann die Anwendung derselben in keiner Weise einem gegründeten Zweifel unterliegen. Vergl. auch Bekk's Anmerkungen S. 27. D. E.

**) Der Sinn des Gesetzes wird nur so aufzufassen sein, daß aus dem Erkenntniß ersichtlich sein soll, ob ein Angeschuldigter als Urheber oder nur als Gehilfe erscheint, nicht aber, daß der Beisatz „als Urheber" immer besonders beigefügt werden muß. D. E.

***) Erfolgt das Straferkenntniß gemäß Str.P.O. §. 170, 171 auf Nichterscheinen nach vorausgegangener Androhung (s. oben Theil II. Zif. 7) so wird zugleich im Eingang dieses auszudrücken sein, das Erkenntniß daher etwa so lauten müssen, „daß der Angeschuldigte auf Ausbleiben als geständig angesehen, demgemäß — — für schuldig erklärt werde" u. s. w., oder noch kürzer: „auf Ausbleiben des Angeschuldigten wird erkannt," u. s. w. D. E.

Bei der Verurtheilung des Angeschuldigten hat der Richter, was die Beweisfrage betrifft, künftig nur seine innere Ueberzeugung, wie solche sich auf den Grund der vorliegenden Beweise gestaltet hat, zu Rathe zu ziehen. R.G. §. 104. Das ursprüngliche System der Strafprozeßordnung mit seinen nothwendigen Beweisminimen (Str.P.O. §. 248—271) ist hienach im Einklang mit den Gesetzesvorschlägen vom Jahre 1849 (revidirte Strafprozeßordnung §. 232) gänzlich aufgegeben und es dürfte weder zu wünschen, noch, nach bisherigen Erfahrungen, zu besorgen sein, daß unsere Richter dennoch zur Regelung und Berichtigung ihrer Ueberzeugung jene mit Recht aufgegebenen Grundsätze vergleichungsweise benützen möchten. *)

Ein Erkenntniß über den Schadensersatz tritt nun nicht mehr von Amtswegen in jedem überhaupt hiezu geeigneten Falle, vielmehr nur in sofern ein, als der Verletzte sich der Untersuchung angeschlossen und demgemäß oder als Ankläger eine Entschädigung gefordert hat. R.G. §. 108. Str.P.O. §. 328 flgde. verglichen mit §. 351, 352. **)

Kann in solchem Falle blos wegen Mangels am Beweise kein Strafurtheil erfolgen, so wird die Verfolgung der Ansprüche vor dem bürgerlichen Richter dem Beschädigten vorbehalten, wenn er nicht seine Entschädigungsbitte zurücknahm. Str.P.O. § 333. In anderen Fällen, bei der Lossprechung sowie der Schuldigerklärung, wird sogleich über die Entschädigung erkannt, sofern nicht gemäß Str.P.O. §. 335 wegen ungenügender Aufklärung der für die Entschädigung erheblichen Thatsachen die sofortige Urtheilsfällung über den Strafpunkt allein und die nachträgliche Entscheidung über den Schadensersatz sich rechtfertigt.

Wohl zu beachten ist aber, daß die Zurückgabe der durch Verbrechen dem Besitzer entkommenen

---

*) Bekk in den Anmerkungen zu R.G. §. 104 empfiehlt die Benützung der in Str.P.O. §. 270 ausgedrückten Wahrheit. D. E.

**) Wegen der Anschließung vergl. oben Theil II. Zif. 4. Eine Belehrung des Beschädigten durch den Richter hinsichtlich der Art der Verfolgung seines Anspruches wird für den Anfang sehr wünschenswerth, ja nothwendig erscheinen. D. E.

Gegenstände, auch ohne Anschließung, in allen Fällen, wo nicht etwa ein Dritter dieselben beansprucht, immerhin von Amtswegen erfolgt. Str.P.O. §. 342.

D. Eine weitere Form des Erkenntnisses, nämlich: „daß die Untersuchung bis auf Betreten des Angeschuldigten auf sich zu beruhen habe" kommt gemäß R.G. §. 134 bei Abwesenden oder Flüchtigen im Fall der Unzulänglichkeit des Beweises vor. R.G. §. 134. Gemäß R.G. §. 132 wird jedoch in den zur bezirksamtlichen Gerichtsbarkeit gehörigen Strafsachen die Untersuchung in der Regel schon früher auf Betreten beruhen und die öffentliche Vorladung unterbleiben. Nur aus besondern Gründen*) tritt auch in solchen Strafsachen die alsbaldige Erledigung durch öffentliche Vorladung des Angeschuldigten u. s. w. ein.

V. Rechtsmittel. Wiederaufnahme des Verfahrens.

Hinsichtlich des Recurses gegen bezirksamtliche, sowie gegen hofgerichtliche Urtheile im Allgemeinen,**) hinsichtlich der Recursfristen, der Recursausführung u. s. w. gelten die Bestimmungen des bisherigen Rechtes (Gesetz vom 3. August 1837) einstweilen fort. R.G. §. 110, Abs. 1. Bei dem Recursgericht kann aber gemäß R.G. §. 111, 113, ähnlich wie in hofgerichtlichen Strafsachen nach R.G. §. 35, eine mündliche und öffentliche Schlußverhandlung zu besserer Aufklärung von Anschuldigungs- oder Entschuldigungsthatsachen angeordnet werden.***)

Bei dem Recurs gegen hofgerichtliche Straferkenntnisse ist dem Staatsanwalt wie dem Angeschuldigten das Recht der Anschließung hinsichtlich der Theile des Erkenntnisses, wogegen von den Anderen der Recurs ergriffen wurde, besonders eingeräumt, R.G. §. 110, Abs. 2 und 3. (womit zu vergleichen die nicht eingeführten §§. 281 flgde. der Str.P.O.) Bei dem Recurs gegen bezirksamtliche Urtheile dagegen kann die Anschließung nicht in Frage kommen, weil der Staatsanwalt gemäß R.G. §. 114 und Str.P.O. §. 273, nach dem neuen wie nach dem älteren Recht gegen solche Erkenntnisse gar nicht rekurriren kann.

Besondere Rechtsmittel stehen aber im Falle der Anschließung des Beschädigten an das Strafverfahren, welche, wie schon bemerkt, von der Anschließung an den Recurs wohl zu unterscheiden ist, dem Beschädigten, und ebenso stehen dem Ankläger, wo gesetzlich ein Verfahren auf Anklage Statt findet*), besondere Rechtsmittel zu. In dieser Beziehung gelten gemäß R.G. §. 27 die besonderen Vorschriften der Str.P.O. §. 338 flgde. über Beschwerdeführung und Recurs, insoweit solche nach den bestehenden Verhältnissen Anwendung finden können. Der Recurs des Beschädigten gegen das Erkenntniß des Bezirksamts über die Entschädigung erfordert das Vorhandensein der Beschwerdesumme von 50 Gulden.**) Ueber den Strafpunkt steht dem Beschädigten kein Recurs zu, wogegen dem Ankläger ein solcher zukommt.

Die Frist zur Beschwerdeführung beträgt nach R.G. §. 125 in allen Fällen, wo nach der Strafprozeßordnung eine solche Frist vorgezeichnet ist, nunmehr acht Tage.

Die Berechnung der für Recurs und Beschwerdeführung gesetzten Fristen, sowie aller Fristen im Recursverfahren und im Strafverfahren überhaupt, geschieht gemäß Str.P.O. §. 139 von Stunde zu Stunde, jedoch so, daß der Tag des Ablaufes zu Gunsten Desjenigen, welcher die Frist erhielt, noch ganz hinzugerechnet wird. Nur da, wo der Lauf einer Frist nicht von der mündlichen Verkündung des Gerichtes selbst, sondern von der

---

*) Hieher gehört namentlich der Fall, wenn das mehrerwähnte Verfahren auf Anklage (s. oben Theil II. Zif. 1 B. und D.) Platz greift und der Ankläger die Aburtheilung begehrt. Vergl. Str.P.O. §. 327, 325. Bekk Anmerkungen S. 117. Auch Gründe des öffentlichen Interesses werden manchmal die alsbaldige Erledigung erheischen. D. E.

**) Gegen schwurgerichtliche Erkenntnisse gibt es nach bekannten Grundsätzen und gemäß R.G. §. 115—117 keinen Recurs, sondern nur eine Nichtigkeitsbeschwerde, was hier nur im Vorübergehen zu bemerken ist. D. E.

***) Wenn das Oberhofgericht in den Fällen des R.G. §. 36 und 111 Abs. 2 die Beschwerdeführung, beziehungsweise den Recurs des Staatsanwaltes begründet findet, ist eine solche Schlußverhandlung durchaus nothwendig. D. E.

*) Vergl. oben Theil II. Zif. 4. D. E.

**) Daß die besonderen Vorschriften des Titel XXII. über Recurs des Beschädigten und des Anklägers ungeachtet der allgemeinen Bestimmung des R.G. §. 119 in Anwendung kommen sollen, kann gemäß R.G. §. 27 und im Hinblick auf den innigen Zusammenhang jener Vorschriften mit dem hier angenommenen System der Anschließung und Anklage nicht wohl bezweifelt werden. Welche Beschwerdesumme ist aber bei dem Recurs des Beschädigten gegen die hofgerichtliche Entscheidung jetzt erforderlich? 150 oder 250 Gulden? Man vergl. die Regierungsmotive zu diesem Titel. D. E.

Eröffnung durch eine auswärtige Behörde*) oder durch schriftliche Zufertigung beginnt, finden Zusetztage für je sechs Stunden der Entfernung vom Gerichtssitz Statt.

Ueber das Recursrecht der Angehörigen eines abwesenden oder flüchtigen Angeschuldigten enthält R.G. §. 137 die schon im provisorischen Gesetz vom 1. August 1849 §. 10 gegebene Bestimmung, jedoch ist dem Vertheidiger das gleiche Recht nun nicht mehr eingeräumt.

Gegen die gemäß Str.P.O. §. 170, 171 von dem Bezirksamte auf Ausbleiben des Angeschuldigten erlassenen Strafurtheile (vergl. oben Theil II. Zif. 7) kann gemäß R.G. §. 25, wodurch Str.P.O. §. 326 anwendbar erklärt wurde, der Angeschuldigte binnen acht Tagen Wiederherstellung**) verlangen, indem er sein Ausbleiben entschuldigt und sich zur Vernehmung stellt, ein Recurs gegen solche Versäumungserkenntnisse dagegen steht ihm nur hinsichtlich der Rechtsfrage, nämlich insoweit zu, als die Beschwerde darin besteht, daß (wesentliche)***) Vorschriften des Verfahrens verletzt wurden, oder die That im Gesetz gar nicht mit Strafe bedroht oder eine ungesetzliche Strafe erkannt worden ist. Str.P.O. §. 326 Absatz 2.

Die Wiederaufnahme des Verfahrens kann der verurtheilte Angeschuldigte sowie sein gesetzlicher Erbe oder Ehegatte, in jederlei Strafsachen, auch den schwurgerichtlich erledigten, zu jeder Zeit verlangen, wenn die besonderen Voraussetzungen des R.G. §. 119 (nämlich Falschheit von Urkunden, Meineid von Sachverständigen oder Zeugen, Bestechung derselben oder des Richters, Widerstreit zweier Straferkenntnisse in Bezug auf die Person des Thäters, sowie Wahrscheinlichkeit, daß Jemand wahrheitswidrig als getödtet angenommen wurde, unter den näheren Bestimmungen der Zif. 1 und 2 jenes §.) als vorhanden nachzuweisen sind.

Ueberdieß kann aber der verurtheilte Angeschuldigte sein Erbe oder Ehegatte in allen nicht schwurgerichtlichen Strafsachen die Wiederaufnahme des Verfahrens auch ohne das Vorhandensein solcher gleichsam schreienden Mängel gemäß R.G. §. 120 schon alsdann fordern, wenn er neue Beweismittel, welche geeignet sind, seine Freisprechung herbeizuführen oder neue Thatumstände beibringt, wonach seine That als gar nicht strafbar oder doch mit einer geringeren Strafart, nicht blos mit geringerem Strafmaaß, bedroht erscheint.

Was der Richter bei Entdeckung von Beweisen der fraglichen Art aus Anlaß einer anderen Untersuchung von Amtswegen zu thun hat, und wie er auf die Erklärung des Staatsanwaltes, daß er die Verurtheilung nun nicht mehr für begründet halte, das unrichtige Urtheil sogar von Amtswegen auf kürzerm Wege wieder aufheben kann, sagt R.G. §. 121.

Das Recht des als abwesend oder flüchtig verurtheilten Angeschuldigten, die Wiederaufnahme des Verfahrens zu verlangen, geht gemäß R.G. §. 140 noch weiter, wenn derselbe in der dort näher bezeichneten Weise sein Ausbleiben zu rechtfertigen oder zu entschuldigen vermag.

Ist dagegen der Angeschuldigte freigesprochen, so findet eine Wiederaufnahme des Verfahrens auf der anderen Seite nur in sehr beschränktem Maaße Statt. Geschah nämlich die Freisprechung in einer bezirksamtlichen Strafsache, so ist die Wiederaufnahme zum Nachtheil des Angeschuldigten ganz ausgeschlossen, mag die Lossprechung in dieser oder jener gesetzlichen Form ergangen sein. R.G. §. 124 und Str.P.O. §. 309 Abs. 2.*) Geschah aber die Freispechung in einer den höheren Gerichten zugewiesenen Strafsache, so kann der Staatsanwalt, wenn eine förmliche Freisprechung auf gepflogene Verhandlung**) erfolgte, die Wiederaufnahme doch nur

---

*) Diese Bestimmung ist nicht etwa blos auf ausländische Behörden zu beziehen, wie sich aus Grund und Zweck der Vorschrift entnehmen läßt. D. E.

**) Das Gesetz bedient sich in §. 326 des hier ganz bezeichneten Ausdruckes „Wiederherstellung" nicht, dagegen wird derselbe in §. 140—142 in Bezug auf Fristen überhaupt, und in den Regierungsmotiven zu Titel XIV. insbesondere in Bezug auf jenen §. 326 (299 des Entwurfes) gebraucht. D. E.

***) Daß nur wesentliche Vorschriften in Anschlag kommen, ergibt sich von selbst, obgleich hier dieses Beiwort nicht ausdrücklich hinzugefügt ist, wie in Str.P.O. §. 291 und R.G. §. 117. D. E.

*) Den in zweiten Absatz des §. 309 angeführten §§. 301 und 302 der Str.P.O. entsprechen, wenngleich mit erheblichen Abweichungen im neuen Gesetz die §§. 118 und 122. (Str.P.O. §. 303 ist ganz beseitigt. Vergl. die nächstfolgenden Noten.) An die Stelle des in eben jenem §. 309 ferner angeführten §. 56 des Gesetzes über die Gerichtsverfassung tritt nun R.G. §. 16. Durch näherre Vergleichung gelangt man demgemäß zu obigem Ergebniß. Siehe auch Bekk Anmerkungen S. 109. D. E.

**) Zur Auffassung und Erklärung des Ausdrucks „auf gepflogene Verhandlung" in R.G. §. 122 zu vergleichen Bekk's Anmerkungen S. 110. D. E.

ausnahmsweise unter den strengen Voraussetzungen des R.G. § 122 (strafgerichtliches Urtheil über falsche Urkunden, Zeugnisse u. s. w. von wesentlichem Belang und nachgekommenes gerichtliches Geständniß) erwirken.*) Die Wiederaufnahme auf den Grund neu aufgefundener erheblicher Beweise findet in den an die höheren Gerichte gewiesenen Strafsachen, nicht aber in den bezirksamtlichen, alsdann Statt, wenn das Verfahren eingestellt wurde (R.G. §. 28) oder wegen Unzulänglichkeit der Beweise ausgesprochen wurde, daß kein Grund zu weiterer gerichtlicher Verfolgung vorhanden sei. (R.G. §. 35, 105, 79) Vrgl. R.G. §. 118, Str.P.O. §. 309 Abs. 2. Ist indessen noch gar kein Angeschuldigter förmlich in Untersuchung gezogen worden (Str.P.O. §. 193, 194), so ist die Fortsetzung der Untersuchung wegen Entdeckung weiterer Spuren gegen einen bestimmten Thäter überall, auch in bezirksamtlichen Strafsachen, unbeschränkt zulässig.**) Ebenso muß da, wo die Untersuchung gegen einen abwesenden oder flüchtigen Angeschuldigten gemäß R.G. §. 134, 135 und 132 bis auf Betreten desselben beruhte, die Fortsetzung des Verfahrens im Falle der Betretung ohne Weiteres gestattet sein.

Von welchem Gerichte und in welcher Weise über die Gesuche um Wiederaufnahme des Verfahrens erkannt wird, bestimmt R.G. §. 123, entsprechend der Str.P.O. §. 304. Weitere Vorschriften hierüber, insbesondere über aufschiebende Wirkung solcher Gesuche, Beschwerdeführung und Verjährungszeit enthalten die Str.P.O. §§. 306—309, welche gemäß R.G. §. 124 anwendbar sind. Im Falle der Str.P.O. §. 306 tritt aber hier an die Stelle des Bezirksstrafgerichtes (wie schon im Eingang zu Theil II. hervorgehoben wurde) ausnahmsweise das Hofgericht, ferner beträgt die in §. 307 erwähnte Frist zur Beschwerdeführung jetzt 8 Tage anstatt 3 Tage. R.G. §. 125.

*) Gegen einen verurtheilten Angeschuldigten kann der Staatsanwalt die Wiederaufnahme des Verfahrens jetzt nicht mehr fordern. Str.P.O. §. 303 ist beseitigt, und überhaupt das Recht des Staatsanwaltes solche Wiederaufnahme zu erwirken, auch sonst mehr beschränkt. Vergl. Str.P.O. §. 302, besonders Zf. 2 und 3.
D. E.

**) In Berücksichtigung dieses in seinen Folgen wichtigen Unterschiedes wird sich der Untersuchungsrichter um so mehr hüten müssen, daß er nicht zu frühe eine bestimmte Person als Angeschuldigten behandle. Vergl. auch Bekk Anmerkungen S. 23 (zu §. 28) und S. 108 Note.
D. E.

VI. Vollstreckung der Strafurtheile.

Hinsichtlich der Vollstreckung der Strafurtheile tritt Titel XXIII. der Str.P.O. gemäß R.G. § 108 in Wirksamkeit.

Sie geschieht durch Anordnung des Bezirksamtes und zwar in der Regel binnen 24 Stunden nach versäumter Recursanzeigefrist, beziehungsweise nach erfolgtem Verzicht auf den Recurs oder verkündetem Urtheil des Recursgerichtes. Str.P.O. §. 343.

Ueber die aufschiebende Wirkung eines rechtzeitig eingebrachten Begnadigungsgesuches ist in Str.P.O. §. 344 bestimmt, daß solches, wenn der Verurtheilte verhaftet ist oder sich zum Verhaft stellt, auf Verlangen desselben regelmäßig den Aufschub der Vollstreckung zur Folge hat, desgleichen, auch ohne diese Voraussetzung, jedoch ebenfalls nur auf Verlangen, wenn nur eine Geldstrafe oder eine Freiheitsstrafe von weniger als 3 Monaten (also gemäß Str.G.B. §. 13, 14, 35 verglichen mit §. 39, 40, 52 künftig nur Kreisgefängniß, Amtsgefängniß oder Festungsstrafe) erkannt ist. Die letztere Bestimmung schließt sich an das frühere Recht an.

Für Fälle, wobei keine jener Voraussetzungen zu treffen, ist es gleichwohl dem billigen Ermessen des Richters*) anheimgestellt, zur Beibringung einer Aufschubsverfügung des Justizministeriums eine Frist von höchstens 14 Tagen zu bewilligen. Str.P.O. §. 344.

Bei dem Verfahren auf Anklage des Verletzten (vergl. oben Theil II. Zf. 1 B. D.) steht jedoch noch binnen vier Wochen „von der Rechtskraft des Urtheils" an dem Verletzten der Verzicht auf den Vollzug frei. Str.P.O. §. 343.**) Erst nach Ablauf dieser Frist ist das ergangene Urtheil demgemäß von Amtswegen zu vollstrecken, vorher nur auf besonderen Antrag des Anklägers, welchem nach dem Zweck der bezüglichen Gesetzesbestimmung ein solcher Antrag immerhin freistehen muß***).

*) In der Regel wird hier eher die Gewährung als die Versagung der Frist der Billigkeit entsprechen. Der Commissionsbericht der ersten Kammer, erstattet von Frh. von Marschall, drückt sogar die Erwartung aus, daß der Richter eine angemessene Frist wohl nie verweigern werde.
D. E.

**) Ueber den Widerspruch des Str.G.B. §. 322 und der Str.P.O. §. 343 sowie dessen Lösung vergl. Annalen Jahrg. XV. No. 31.
D. E.

***) Dies ergibt sich aus der Vergleichung des Regierungsentwurfes und der in den landständischen Kammern gestellten Anträge,

Einen Strafaufschub von kurzer Dauer kann nach Maaßgabe des §. 350 der Str.P.O. der untersuchende Richter auf Ansuchen gewähren, Strafvollzug mit einigen Zwischenräumen aber nur der urtheilende Richter. In beiden Fällen wird aber vorausgesetzt, daß der Nahrungsstand oder der Unterhalt der Familie des Verurtheilten sonst durch den Strafvollzug gefährdet würde, und daß eine Gefängnißstrafe (also nach der Sprachweise des Gesetzes, Str.G.B. §. 33 und 38, Kreisgefängniß oder Amtsgefängniß) *) in Frage steht. Die bezügliche Vorschrift des Gesetzes darf nach dessen unverkennbarer Absicht nicht leicht genommen werden, blose Rücksichten der Bequemlichkeit, des Vortheils, der Gefälligkeit, Wunsch eines Dienstherrn und dergleichen Gründe vermögen daher die Aufschiebung oder Unterbrechung des Vollzuges künftig nie mehr zu rechtfertigen. Dagegen ist der Nahrungsstand des Verurtheilten, selbst wenn er auch keine Familie **) hat, zu berücksichtigen, und ein billiges Ermessen keineswegs ausgeschlossen.

Endlich hat der Richter, wenn die Strafe etwa doch wegen besonderer Umstände längere Zeit hindurch unvollzogen geblieben ist, darauf zu achten, ob nicht die erkannte Strafe nach den neuen Bestimmungen des Str.G.B. §. 194—199 als verjährt ***) zu betrachten ist. Erkannte Arbeitshausstrafe oder Gefängnißstrafe, desgl. Geldstrafe verjährt in 5 Jahren, zeitliche Zuchthausstrafe in 10 Jahren, lebenslängliche Zuchthausstrafe gar nicht. (Wegen der Todesstrafe vergl. §. 196.) Bei Berechnung der Zeit ist stets der Tag der Urtheilsverkündung entscheidend, bei den Freiheitsstrafen wird aber zum Nachtheil des Verurtheilten zuvor die Strafzeit abgerechnet, so daß erst von dem berechneten Ende derselben an die Anrechnung der Verjährungszeit beginnt. Jedoch ist nach Ablauf von 25 Jahren von der Urtheilsverkündung an, jedenfalls auch die zeitliche Zuchthausstrafe verjährt. Das Nähere ist aus den erwähnten §§. 194—199 zu entnehmen.

Eduard Brauer.

---

woraus die Fassung des Gesetzes hervorging. Man wollte nicht, daß der Verurtheilte nach Belieben des Anklägers die ganze Verjährungszeit hindurch in peinlicher Ungewißheit bleibe, auf der anderen Seite aber auch nicht, daß der Ankläger zu nochmaligem Auftreten genöthigt werde. D. E.

*) So muß man nach der Fassung der Str.P.O. §. 350 verglichen mit §. 349 annehmen. D. E.

**) Die Worte „der Familie" in §. 350 sind blos auf das nächstvorhergehende Wort zu beziehen, wie dieß durch die Sperrschrift angedeutet erscheint. Vergl. auch die Motive der Regierung zu Tit. XXIII. D. E.

***) Wegen Verjährung der gerichtlichen Verfolgung vergl. oben Theil II. Zif. 2. D. E.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. No. 22. Mannheim, 31. Mai 1851.

I.

Zusammenstellung derjenigen Strafsachen, welche nach der neuen Gesetzgebung durch die Hofgerichte in Senaten von drei Mitgliedern zu erledigen und solcher Vergehen, die nur auf Antrag oder Anklage der hiezu berechtigten Personen und Behörden gerichtlich zu verfolgen, desgleichen jener, welche nach dem Strafgesetze den Polizeibehörden zur Erledigung überlassen sind.*)

A.

Von den Hofgerichten in Versammlung von drei Mitgliedern sind folgende Strafsachen zu erledigen:

I. Die Recurse gegen die bezirksamtlichen Straferkenntnisse, insofern sie nicht am 1. März 1851 beim Hofgerichte schon anhängig gewesen sind. §. 34 Abs. 2, §. 146 des Gesetzes vom 5. Februar 1851.

II. Die in §. 16 des Gesetzes vom 5. Febr. 1851 benannten Verbrechen, insofern
   a) nach den Umständen des Falles oder eintretenden Erschwerungsgründen nach der Ansicht des Bezirksamtes ein seine Zuständigkeit (§. 17) übersteigendes Maaß der gedrohten Strafe zu erkennen ist, §. 18, oder
   b) von mehreren Vergehen, wegen welcher ein einzelner Angeschuldigter gleichzeitig vor Gericht steht, auch nur ein einziges die Zuständigkeit des Bezirksamtes übersteigt. §. 20.

III. Andere Vergehen, in Bezug auf welche die in §. 5 des Gesetzes angeführten besonderen Gesetze neben dem Strafgesetzbuche noch fortbestehen, soweit (sie gerichtlich zu erledigen sind und) jene Gesetze das Erkenntniß ausdrücklich dem Hofgerichte zuweisen oder nach dem Ermessen des Bezirksamtes die Strafe seine Zuständigkeit übersteigt.

IV. Preßvergehen, die von Amtswegen zu verfolgende, jedoch nur dann, wenn der Staatsanwalt nicht auf eine höhere als sechsmonatliche Freiheitsstrafe angetragen hat. §. 41, Abs. 41. Preßgesetz §. 38.

V. Die in §. 41 nicht ausdrücklich vor die Schwurgerichte gewiesenen Verbrechen, und zwar dritte gemeine Diebstähle unbedingt, die anderen Verbrechen aber nur insoferne, als nach dem Ermessen des Hofgerichtes eine Zuchthausstrafe von wenigstens drei Jahren oder eine mehr als sechsjährige Arbeitshausstrafe zu erkennen ist. §. 34 Abs. 1, §. 41 Abs. 43.

Die in §. 41 nicht genannten Verbrechen sind:

IX. Titel.

Von dem Verbrechen der Tödtung.

1. Tödtung eines Einwilligenden. Str.G.B. §. 207.
2. Beihilfe zum Selbstmord. §. 208.
3. Tödtung aus Fahrlässigkeit. §. 211.
4. Absichtlich hilflose Niederkunft. §. 218—221.

X. Titel.

Von den Körperverletzungen.

5. Körperverletzung mit Vorbedacht in den Fällen des §. 225 Abs. 4, 5, §. 226.
6. Körperverletzung mit unbestimmtem auf Tödtung oder Körperverletzung gerichteten Vorsatz. §. 228.
7. Längere Mißhandlung oder Peinigung. §. 229.

---

*) Mitgetheilt von dem Herrn Staatsanwalt am großh. Hofgericht des Unterrheinkreises. D. R.

8. Mißhandlung einer Schwangeren. §. 230.
9. Körperverletzung im Affect in den Fällen des §. 232 Abs. 1, 2, 3.

XI. Titel.

Von Tödtung oder Körperverletzung bei Raufhändeln oder Schlägereien.

10. Tödtung bei Raufhändeln in den Fällen des §. 239 Abs. 5 und letzter Absatz.
11. Körperverletzung bei Raufhändeln. §. 240, 241.

XII. Titel.

Von Tödtung oder Beschädigung Anderer durch Vergiftung.

12. Vergiftung aus Fahrlässigkeit. §. 345.
13. Gemeingefährliche Vergiftung aus Fahrlässigkeit. §. 258.
14. Schädliche Beimischung bei Nahrungsmitteln. §. 250.

XIII. Titel.

Von Verbrechen der Tödtung im Mutterleibe und der Abtreibung der Leibesfrucht.

15. Anwendung von Abtreibungsmitteln. §. 251, 252. Der Mitschuldige im Falle des §. 252 Abs. 1, jedoch nur dann, wenn er das Verbrechen nicht gewerbsmäßig betreibt.
16. Versuch der Abtreibung der Leibesfrucht §. 253.
17. Anwendung von Abtreibungsmitteln ohne Wissen oder wider Willen der Schwangeren in den Fällen des §. 254 Abs. 3.

XIV. Titel.

Von unbefugter Ausübung der Heilkunde.

18. Ueberschreitung der Licenz. §. 256.

XV.

Von der Selbstverstümmelung.

19. Selbstverstümmelung. §. 257, 259.

XVI. Titel.

Von der Aussetzung hülfloser Kinder und anderer hülfloser Personen.

20. Kindesaussetzung. §. 260.
21. Aussetzung anderer hülfloser Personen. § 261.
22. Aussetzung im Falle der Beschädigung des Ausgesetzten. § 264.
23. Aussetzung eines unehelichen Kindes, insofern das Kind in Folge der Aussetzung um das Leben gekommen ist, und in Bezug auf diesen Erfolg die Bedingungen der strafbaren Fahrlässigkeit vorhanden sind. §. 265 a. E.
24. Unter der gleichen Voraussetzung, wenn das ausgesetzte Kind in Folge der Aussetzung beschädigt worden ist. §. 265 a. E.
25. Aussetzung, wenn der Ausgesetzte nicht mehr zum Vorschein kommt. §. 266.

XVII. Titel.

Von dem Menschenraub und Kinderdiebstahl.

26. Menschenraub an Minderjährigen über 14 Jahren mit deren Zustimmung. §. 269.
27. Kinderdiebstahl ohne Gefährdung des Familienstandes zu vorübergehenden Zwecken. §. 271.
28. Aus Bosheit oder Eigennutz gefährdete Erziehung. §. 272.

XVIII. Theil.

Von widerrechtlichem Gefangenhalten, dem Verbrechen der Gewaltthätigkeit, unerlaubter Selbsthilfe und strafbaren Drohungen.

29. Widerrechtliches Gefangenhalten, wenn die Freiheitsberaubung nicht über ein Jahr dauert. §. 275 Abs. 1, 2.
30. Widerrechtliches Gefangenhalten mit Mißhandlungen, die für seine Gesundheit Nachtheile der in §. 225 No. 4 bezeichneten Art zur Folge haben. §. 277.
31. Drohungen und Vorbereitungshandlungen. §. 280.

XIX. Titel.

Von falscher Beschuldigung, Verläumdung und Ehrenkränkung.

31. Ehrenkränkungen gegen öffentliche Diener. §. 297.
32. Ehrenkränkungen von öffentlichen Dienern im Dienste verübt. §. 298.
33. Ehrenkränkungen gegen auswärtige Regenten, deren Familienglieder oder Gesandte. §. 299, 319.
34. Falsche Beschuldigungen ꝛc. gegen Ahnen. § 302.
35. Ehrenkränkung mittelst körperlicher Mißhandlung gegen Ahnen. §. 303.

XX. Titel.

Von dem Zweikampfe.

36. Zweikampf. §. 326—328.
37. Vorsätzliche Verletzung der Kampfregeln durch einen der Kämpfer oder durch einen Secundanten nach den von den Körperverletzungen geltenden Grundsätzen. §. 330, 331.
38. Anstifter oder Gehilfen. §. 332.

XXI. Titel.

Von der Nothzucht.

39. Nothzucht, wenn die Genöthigte nur die in §. 225 Abs. 4 und 5 bezeichneten dem Thäter zum Vorsatz oder zur Fahrlässigkeit zuzurechnenden oder wenn sie gar keine Verletzungen an ihrem Körper oder ihrer Gesundheit erlitten hat, jedoch hinsichtlich ihrer Geschlechtsehre von bescholtenem Rufe ist. §. 335 V.
40. Unzucht mit Willen- oder Bewußtlosen. §. 337.

XXII. Theil.

Von der Entführung.

41. Entführung. §. 339—347.

XXIII. Titel.

Von dem Ehebruche und der mehrfachen Ehe.

42. Ehebruch, insofern eine Ehescheidungsklage darauf gebaut ist. §. 348.
43. Mehrfache Ehe. §. 354—357.

XXIV. Titel.

Von anderen strafbaren Verletzungen der Sittlichkeit.

44. Erregung öffentlichen Aergernisses durch die Presse. §. 358.
45. Verführung. §. 360, 362.
46. Kuppelei. §. 363.
47. Verkuppelung der Ehefrau oder Tochter rc. rc. §. 364.
48. Blutschande. §. 365, 366, 367.
49. Unerlaubter Beischlaf der Pflegeeltern rc. mit dem Pflegekinde u. s. w. §. 368.
50. Preisgebung angesteckter Lustdirnen. §. 369.
51. Aufsuchen der Gelegenheit zur Unzucht. §. 370.
52. Widernatürliche Unzucht. §. 371.

XXVI. Titel.

Von dem Diebstahl.

53. Gemeiner Diebstahl
    a) bis zu 25 fl., wenn einer der erschwerenden Umstände des §. 385 Abs. 1, 2, 3, 5, 10 bis 14 vorliegt,
    b) über 25 fl. §. 377 Abs. 1, 2, 3.
54. Dritter gemeiner Diebstahl. §. 384.

XXVII. Titel.

Von der Unterschlagung.

55. Unterschlagung
    a) bis zu 25 fl., wenn die That unter erschwerenden Umständen (§. 404) geschah. §. 403 Abs. 1.
    b) über 25 fl. §. 403 Abs. 2, 3.
56. Unterschlagung gefundener Sachen in denselben Fällen. §. 407.

XXIX. Titel.

Von der Erpressung.

57. Erpressung durch Bedrohung mit gerichtlicher Anzeige rc. rc. oder andern künftigen Uebeln. §. 419, 422.

XXX. Titel.

Von der Fälschung.

58. Fälschung öffentlicher Urkunden zur Beschädigung ohne Gewinnsucht. §. 425, 427.
59. Fälschung von Privaturkunden. §. 430.
60. Fälschung von Wechseln, letzten Willen rc. zur Beschädigung ohne Gewinnsucht. §. 432.
61. Fälschung in Handlungsbüchern. §. 433.
62. Betrügliche Ausfüllung von Blanketten. §. 434.
63. Gebrauch falscher Urkunden, da wo deren Fertigung mit einer geringeren als mit Zuchthausstrafe bedroht war. §. 436, 437.
64. Fälschung von Grenzsteinen. §. 438.
65. Veränderung u. s. w. von Zeichen der Wasserberechtigung. §. 439.
66. Fälschung von Stempelpapier. §. 440.
67. Fälschung von Maaß und Gewicht. §. 441.
68. Fälschung von Sigeln u. s. w. §. 446.
69. Fälschung von Stempeln rc. §. 447.

XXXI. Titel.

Vom Betrug.

70. Betrug über 25 fl., die Fälle des §. 467 Abs. 2 und §. 468 (boshafte Zahlungsflüchtigkeit) ausgenommen §. 450 ffl., §. 2 des Gesetzes vom 5. Februar 1851.

XXXII. Titel.

Von Fälschung und Betrug zur Beeinträchtigung von Familienrechten.

71. Betrügliche Verleitung zur Ehe. §. 474, 475.

XXXIV. Titel.

Von dem Meineid, dem Eides- und Handgelübdebruch und von falschen Zeugnissen und Gutachten.

72. Verletzung des Offenbarungseides. §. 485.

73. Falsches Zeugniß und Gutachten im Strafverfahren, wenn es zu Gunsten des Angeschuldigten gegeben wird und ein Lohn dafür weder gegeben noch versprochen ward. §. 487 Abs. 1.
74. Falscher Widerruf eines Zeugnisses oder Gutachtens in denselben Fällen. §. 497.
75. Falsches Zeugniß u. s. w. im Falle der Erlassung der Eidesleistung. § 499.
76. Wissentlich ungerechte Entscheidung rc. unbeeidigter Schiedsrichter. §. 500.
77. Falsches Handgelübde, wenn solches den Zeugen oder Sachverständigen an Eidesstatt abgenommen wurde. §. 501, 502.
78. Bruch des Verspruchseides im Allgemeinen. §. 504.
79. Desgleichen bei ständig aufgestellten Sachverständigen oder bei Zeugen in den oben Zif. 73 angeführten Fällen. §. 505, 506, 507.

XXXV. Titel.

Von der Münzfälschung und der Fälschung von Papiergeld.

80. Anschaffen, beziehungsweise Ausgeben falscher Münzen ohne Einverständniß mit dem Urheber der Fälschung. §. 512.
81. Verfälschung durch Verringerung des Werths rc., Versuch, Ausgeben mit oder ohne Einverständniß mit dem Urheber der Verfälschung. §. 513—516.
82. Fälschung von fremdem Metallgeld, wenn der Fälscher davon als Geld noch nichts ausgegeben hat. §. 517.
83. Verfälschung von fremdem Metallgeld, Versuch. §. 518, 519.
84. Versuch der Fälschung von Papiergeld. §. 524.
85. Anschaffen von falschem rc. Papiergeld zum Zwecke des betrügerischen Wiederausgebens ohne Einverständniß mit dem Fälscher, wenn ein Wiederausgeben noch nicht erfolgt ist. §. 526.
86. Wegen des in §. 527 mit Strafe bedrohten Ausgebens falscher oder verfälschter Münzen oder Papiergeldes, insoferne die Beschädigung den Betrag von 25 fl. übersteigt. §. 527.
87. Fertigung von Formen, Stempeln, Papierzeichen. rc. §. 528, 529.

XXXVI. Titel.

Von dem Wucher.

88. Wucher. §. 533, 534.

XXXVII. Titel.

Von Beschädigung fremder Rechte durch Untreue, Verrath oder Verletzung von Geheimnissen und von Mißbrauch öffentlicher Berechtigungen.

89. Treulosigkeit der Rechtsbeistände. §. 535, 536.
90. Treulosigkeit öffentlicher Anwälte. §. 537, 538.
91. Untreue der Pfleger und Vormünder. §. 539, 540.
92. Verletzung der Verschwiegenheit durch Aerzte rc. §. 541.
93. Mißbrauch der Heilkunst. §. 542.
94. Schuldhafte Tödtung oder Körperverletzung durch Aerzte. § 543.

XXXVIII. Titel.

Von der Brandstiftung.

95. Brandstiftung, wenn der Thäter aus Reue das Feuer wieder gelöscht hat und der Schade unbedeutend ist. §. 561.
96. Feuerverwahrlosung. §. 562.

XXXIX. Titel.

Von verursachter Ueberschwemmung und gefährlicher Verletzung von Eisenbahnen.

97. Fahrlässige Beschädigung von Eisenbahnen. §. 569.

XL. Titel.

Von anderen Beschädigungen fremder Sachen.

98. Beschädigung rc. aus Bosheit, Rachsucht oder Eigennutz:
    a) insoferne die Beschädigung unter 25 fl. beträgt, wenn die That unter erschwerenden Umständen der im §. 571, No. 1, 2, 12 u. 13 oder der in §. 573 bezeichneten Art verübt ist;
    b) bei dem Betrage von mehr als 25 fl. §. 570—574.
99. Beschädigung aus Muthwillen, insoferne damit Gefahr für Leben oder Gesundheit Anderer verbunden ist. §. 575.
100. Eröffnung eines Grabes und Entwendung aus demselben. §. 578.
101. Entwendung oder Verstümmelung eines Leichnams §. 579.
102. Vergiftung von Weiden, Wiesen u. s. w. §. 580.
103. Verbreitung einer Viehseuche. §. 581.

XLI. Titel.

Von der Herabwürdigung der Religion und der Störung des Gottesdienstes.

104. Herabwürdigung der Religion. §. 583.

105. Herabwürdigung der Religion durch unbefugte Ausübung geistlicher Amtshandlungen. §. 584.
106. Störung des Gottesdienstes, wenn die That von einer Mehrheit von Theilnehmern, die sich dazu verbunden hatten, oder mit Anwendung oder Androhung von Gewalt gegen Personen, oder mit Beschädigung von Sachen verübt worden ist. §. 585.

XLIV. Titel.

Von der Majestätsbeleidigung und den Beleidigungen gegen die Mitglieder des großherzoglichen Hauses.

107. Majestetsbeleidigungen
   a) in den Fällen des §. 607, andere Handlungen als Gewaltthätigkeit oder thätliche Mißhandlungen,
   b) durch Drohungen. §. 608.
108. Beleidigungen gegen den Regierungsverweser in denselben Fällen. §. 609.
109. Desgleichen gegen die Großherzogin in denselben Fällen. §. 611, 612.

XLV. Titel.

Von der Widersetzlichkeit, der öffentlichen Gewaltthätigkeit und dem Aufruhr.

110. Widersetzlichkeit mit Waffen rc. §. 616.
111. Oeffentliche Gewaltthätigkeit. §. 618.
112. Widersetzlichkeit (§. 615) oder Gewaltthätigkeit (§. 618) mit Verletzung an Personen oder Sachen rc §. 619.
113. Aufruhr. § 622—629.
114. Gefährdung der öffentlichen Ruhe und Ordnung. §. 630, 631 g, §. 2, Ziff. 3 des Gesetzes vom 5. Februar 1851. (Ueber Preßvergehen s. oben IV.)

XLVI. Titel.

Von der Befreiung von Gefangenen.

115. Befreiung von Gefangenen. §. 632—638.

XLVII. Titel.

Von der Landstreicherei und dem Bettel.

116. Landstreicherei (Wiederholung nach 2 polizeilichen Straferkenntnissen binnen 3 Jahren). §. 639.
117. Bettel (mit falschen Pässen, falschen öffentlichen Zeugnissen über Gebrechen rc. oder mit Drohungen). §. 640.
118. Landstreicherei und Bettel mit Waffen u. s. w. §. 641.

XLVIII. Titel.

Von der Wilderei, der Wilddieberei und von Jagd und Fischereifreveln.

119. Wilderei unter den erschwerenden Umständen des §. 645, 646.
120. Drittes Wildereivergehen. §. 647.
121. Gewaltthätigkeit oder Widersetzlichkeit der Wilderer, verbunden mit einer Körperverletzung rc. §. 650.
122. Jagdvergehen in Wildparken in denselben Fällen wie der Diebstahl. §. 655.
123. Desgleichen der Fischdiebstahl. §. 656.

XLIX. Titel.

Von den besonderen Verbrechen öffentlicher Diener.

124. Amtsverbrechen der öffentlichen und der niederen öffentlichen Diener, der Staatsdiener jedoch nur insoferne dieselben nicht mit der Dienstentlassung oder Dienstentsetzung bedroht sind. §. 657—708.

L. Titel.

Von dem Verbrechen der Erschleichung eines Amtes, oder einer Berechtigung und dem Verbrechen der Bestechung oder Fälschung bei Ernennung oder bei Wahlen.

125. Erschleichung eines Amtes oder einer Berechtigung rc §. 709.
126. Strafe des bestochenen Patrons. § 710.
127. Wahlbestechung. §. 711.
128. Fälschung bei Wahlen. §. 714.

B.

Beschränkung der Strafverfolgung.

1. Durch den Antrag des Verletzten, Genöthigten, Betheiligten, Beschädigten oder (Privat-) Beleidigten:
   1. wegen Körperverletzungen der in den §§. 227, 232 No. 4 oder 237 bezeichneten Art, ausgenommen die Fälle, da die That mit Störung der öffentlichen Ruhe und Ordnung verbunden gewesen ist und die Polizeibehörde auf gerichtliche Bestrafung der Körperverletzung anträgt. Anklage oder Anzeige des Verletzten. §. 238;
   2. wegen des Verbrechens der Gewaltthätigkeit. Anzeige des Genöthigten. §. 278;
   3. wegen unerlaubter Selbsthülfe. Anklage desjenigen, gegen den die Eigenmacht gerichtet ist. §. 279;

4. wegen Drohungen und Vorbereitungshandlungen. Anzeige des Bedrohten. §. 280;
5. wegen falscher Beschuldigungen, Verleumdungen und Ehrenkränkungen. Anklage des Beleidigten oder seiner Ahnen, Abkömmlinge, Geschwister oder Ehegatten. §. 315, 316;
6) wegen Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener. Anklage der Eltern oder der Kinder oder des Ehegatten. §. 321;
7. wegen Nothzucht in den Fällen des § 335 No. V. und der §§. 336, 337 ausgenommen, wenn durch das Verbrechen öffentliches Aergerniß erregt wird. Anzeige von der Person, an der das Verbrechen verübt wurde, oder von ihrem Ehemann, oder ihren Eltern oder Vormündern. §. 338;
8. wegen Entführung einer Verheiratheten mit ihrem Willen. Anzeige des Ehemannes. §. 342;
9. wegen Entführung in den Fällen §. 339—341. Anzeige der Entführten, ihres Ehemannes oder ihrer Eltern oder Vormünder, wenn sie noch unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft steht. §. 343.
10. wegen Ehebruch. Anzeige des beleidigten Ehegatten oder Ehescheidungsklägers. §. 349, 350;
11. wegen Verführung von Kindern unter 14 Jahren. Anzeige des Kindes, seiner Eltern oder Vormünder, ausgenommen wenn das Verbrechen von Eltern, Pflegeeltern, Vormündern, Erziehern, Lehrern oder Aufsehern oder wo es unter solchen Umständen verübt worden ist, daß dadurch öffentliches Aergerniß erregt worden ist. §. 361;
12. wegen Familiendiebstahl. Anzeige des Familienhauptes oder des Bestohlenen und wenn der Dieb und der Bestohlene unter demselben Familienhaupte stehen. Antrag des Letzten. §. 389;
13. wegen gemeiner Diebstähle an Pflegeeltern, Pflegern, Vormündern und Erziehern. Anzeige dieser. §. 390;
14. wegen Hausdiebstahl. Anzeige der Dienst- oder Hausherrschaft oder des Bestohlenen. §. 391;
15. wegen Theilnahme fremder am Familiendiebstahl, gem. Diebstahl an Pflegeeltern ꝛc. und Hausdiebstahl gleiche Anzeige. §. 392, 393;
16. wegen Unterschlagung. Anzeige des Beschädigten oder desjenigen, der seine Stelle vertritt, ausgenommen wenn die Untersuchung von den in §. 404 No. 2 Genannten verübt wurde. §. 405, 406;
17. wegen Gebrauch fremder Fabrikzeichen ꝛc. Anzeige des betheiligten Fabrikanten. §. 444;
18. wegen Betrugs in Vertragsverhältnissen, ausgenommen wenn er bei Ausübung eines Gewerbes oder von Banden oder von Landstreichern verübt wurde. Anzeige des Beschädigten. §. 456, 457;
19. wegen Beeinträchtigung der Familienrechte durch Fälschung öffentlicher Urkunden, durch Unterschiebung von Kindern und Versuch. Anzeige eines Betheiligten. (§. 471, 473, 475) §. 476;
20. wegen Verletzung der Verschwiegenheit durch Aerzte ꝛc. Anzeige der Betheiligten bei der vorgesetzten Staatspolizeibehörde und auf Antrag dieser letzteren. §. 541;
21. wegen Verrath von Fabrikgeheimnissen. Anzeige des Beschädigten. §. 544;
22. wegen Eröffnung oder Wegnahme fremder Briefe ꝛc. Anzeige des Betheiligten. §. 545;
23. wegen Beschädigung fremder Sache (XL. Tit.), ausgenommen wo mit der Beschädigung Gefahr für Leben oder Gesundheit Anderer verbunden war. (§. 573) Anzeige des Beschädigten, oder wenn der Gegenstand der Beschädigung öffentliches Eigenthum ist, der Polizeibehörde. §. 577;
24. wegen Entwendung oder Verstümmelung eines Leichnams. Anzeige deren, welchen die Sorge für die Beerdigung obliegt. §. 579;
25. wegen Jagdfrevel, Wilddieberei und Fischereifrevel (§. 651, 653). Anzeige des Berechtigten oder seiner Vertreter. §. 654;
26. gerichtliche Beschlagnahme einer Druckschrift. Antrag des Privatklägers. §. 30, Preßgeſ. 41.

II. Durch die Anklage oder den Antrag des Staatsanwaltes:

1. wegen Ehrenkränkungen, die gegen öffentliche Behörden oder öffentliche Diener bei Ausübung ihres Dienstes, sowie wegen falscher Beschuldigungen, Verläumdungen oder Ehrenkränkungen, die gegen die Letzteren in Beziehung auf ihre Dienstführung verübt wurden, oder falls sie außerhalb ihres Dienstes geschahen, wenn dadurch Handlungen des Dieners zur Sprache gebracht wurden, welche Besserungsversuche oder Dienstentlassung zur Folge haben könnten. §. 317, 318;

2. wegen Preßpolizei- und Preßvergehen. Preßges. §. 15, 29, 32, 35, 41.

Bemerkung: gerichtliche Beschlagnahme von Druckschriften und gerichtliche Bestätigung der Beschlagnahme §. 29 (§. 28, 1—4) §. 32 d. Preßges.

III. Durch die in Folge der Ermächtigung des großherzogl. Justiz-Ministeriums vom Staatsanwalte erhobene Anklage.

1. wegen Beleidigungen gegen fremde Regenten oder Gesandte. §. 319;
2. wegen Hochverraths eines Inländers gegen einen mit dem Großherzogthum Baden befreundeten, auswärtigen Staat. §. 596. (Wenn das Verbrechen nicht vom Inlande gegen einen deutschen Bundesstaat verübt wurde, ist für die Ermächtigung des Justiz-Ministeriums der Antrag des auswärtigen Staates und die Gegenseitigkeit erforderlich.

IV. Durch die Ermächtigung des Justiz-Ministeriums:

wegen Beleidigungen der in §. 607 bezeichneten Art gegen den Großherzog, die Großherzoginn, den Erbgroßherzog oder ein anderes Mitglied des großherzoglichen Hauses. §. 614.

V. Durch den Antrag der Polizeibehörde:

1. wegen Bruchs der polizeilichen Aufsicht. §. 28;
2. wegen Körperverletzungen der in §. 227, 232, No. 4 oder 237 bezeichneten Art, da die That mit Störung der öffentlichen Ruhe und Ordnung verbunden gewesen ist, insoferne nicht der Verletzte schon eine Anklage oder Anzeige eingereicht hat;
3. wegen schädlicher Beimischung bei Nahrungsmitteln. §. 250;
4. wegen unbefugter Ausübung der Heilkunde in den Fällen des §. 255 Abs. 2;
5. wegen Ueberschreitung der Licenz in denselben Fällen. §. 256;
6. wegen Kindesaussetzung, insoferne keine Gefahr für Leben, Gesundheit oder Familienstand des Ausgesetzten vorhanden war. §. 260;
7. wegen Aussetzung anderer hülfloser Personen unter der gleichen Voraussetzung. §. 261;
8. wegen Erregung von Aergerniß durch öffentliche Verübung unzüchtiger Handlungen. §. 359;
9. wegen Kuppelei. §. 363;
10. wegen Preisgeben angesteckter Lustdirnen. §. 369;
11. wegen Aufsuchen der Gelegenheit zur Unzucht durch Lustdirnen. §. 370;
12. wegen Fälschung an Maaß und Gewicht. §. 441;
13. wegen Verletzung der Verschwiegenheit durch Aerzte; §. 541 f. oben I. Z. 20;
14. wegen Feuerverwahrlosung. §. 562;
15. wegen Beschädigung fremder Sache, insoferne der Gegenstand der Beschädigung öffentliches Eigenthum ist und keine Gefahr für Leben und Gesundheit Anderer mit der Beschädigung verbunden war. §. 577;
16. wegen Verbreitung einer Viehseuche. §. 581;
17. wegen Störung des Gottesdienstes. §. 585;
18. wegen Beschädigung öffentlicher Anschläge. §. 620;
19. wegen Preßpolizeivergehen (Tit. I. d. Pr.Ges. vom 15. Februar 1851), §. 15 des Pr Ges.

VI. Durch eine vorausgehende richterliche oder andere Entscheidung:

1. wegen Ehrenkränkung, wenn eine ehrenkränkende Handlung als Körperverletzung oder als ein anderes Verbrechen bestraft worden ist, so kann keine Anklage wegen Ehrenkränkung mehr erhoben werden. §. 320;
2. wegen Entführung, wenn der Entführer mit der Entführten ehelich getraut ist, findet eine Bestrafung nur Statt, nachdem die Ehe rechtskräftig für nichtig erklärt worden ist. §. 346;
3. wegen betrüglicher Verleitung zur Ehe unter der gleichen Voraussetzung der Nichtigerklärung der Ehe §. 474;
4. wegen Wahlbestechung, wenn der Bestechende (§. 711) wirklich gewählt wurde, findet das strafgerichtliche Verfahren erst dann Statt, wenn die Wahl von der Versammlung oder der Behörde, welche über die Gültigkeit derselben zu erkennen hat, für nichtig erklärt ist. §. 713.

C.

Vergehen, welche nach dem Strafgesetze der Erledigung durch die Polizeibehörden überlassen sind.

1. Der erste und zweite Fall unbefugter Ausübung der Heilkunde. §. 255.
2. Der erste und zweite Fall der Ueberschreitung der ärztlichen Licenz. §. 256.
3. Der erste und zweite Fall des Aufsuchens der Gelegenheit zur Unzucht durch Lustdirnen. §. 370.

4. Entwendung von Eßwaaren rc. von geringem Betrage und zu unmittelbarem Genusse. §. 397.
5. Erster und zweiter Feldfrevel. §. 397, 398.
6. Erste und zweite gemeine, nicht unter erschwerenden Umständen verübte Entwendung, wenn der Werth des Gegenstandes 1 fl. nicht übersteigt und nicht schon eine gerichtliche Bestrafung wegen Diebstahls, Unterschlagung oder Betrugs vorausgegangen ist. §. 477.
7. Erste und zweite Unterschlagung unter denselben Voraussetzungen. §. 477.
8. Erster und zweiter Betrug unter denselben Voraussetzungen. §. 477.
9. Erste und zweite Beschädigung aus Muthwillen, insoferne der Schaden 10 fl. nicht übersteigt. §. 575.
10. Erster und zweiter Fall der Landstreicherei. §. 639 cf. 641, 644.
11. Erster und zweiter Jagdfrevel und Wilddieberei. §. 651.
12. Erster und zweiter Fischereifrevel. §. 653.
13. Jugendliche Verbrecher — §. 78, 79 — sind der Polizeibehörde wegen nöthigenfalls anzuordnender Besserungsmittel zu überweisen.

II.

Anfrage.

Bei wem ist die Anzeige von denjenigen Vergehen anzubringen, deren Strafverfolgung nur auf Anzeige der Betheiligten statt findet?

Dietz.

Antwort der Redaction.

Die Vergehen, auf welche sich diese Anfrage bezieht, sind in vorstehender Zusammenstellung unter Lit. B. 1. vollständig aufgezählt. Zwischen diesen Vergehen und jenen, welche von Amtswegen untersucht werden müssen, findet hinsichtlich der Zuständigkeit des Untersuchungsgerichts kein Unterschied statt. Es muß also, insofern nicht der Gekränkte oder Verletzte vorzieht, sich in den gesetzlich bestimmten Fällen an den Bürgermeister zu wenden, die Anzeige bei demjenigen Amte geschehen, welches zuständig sein würde, wenn ex officio einzuschreiten wäre. Vergl. Tit. II. der Str.P.O. in Verbindung mit §§. 14, 16, 24 und 32 des Gesetzes vom 5. Febr. 1851.

Daß dergleichen Anzeigen nicht bei den Gendarmen und Polizeidienern anzubringen sind, bedarf kaum der Erwähnung.

D. R.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. No. 23. Mannheim, 7. Juni 1851.

I.

Von dem Diebstahl.

Fortsetzung der Abhandlung in den Annalen XVIII., No. 15, 16.

Ein gefährlicher Diebstahl wird ferner verübt

2) durch Einbruch, d. h. wenn der Dieb in bewohnte Gebäude oder andere bewohnte Räume (sollte auch zur Zeit der That Niemand darin gegenwärtig sein) oder in den zu einem bewohnten Gebäude gehörenden, umschlossenen Hofraum, oder in Gebäude, die zu einem solchen Hofraum gehören, wenn sie auch nicht zum Aufenthalt für Menschen bestimmt sind, oder in ein Zimmer oder einen anderen geschlossenen Raum im inneren eines Gebäudes der einen oder der anderen Art gewaltsam einbricht. §. 381 Abs. 2 des Str.G.B. Unter einem Einbruch versteht man eine gewaltsame Eröffnung eines solchen Gebäudes oder Raumes und man unterscheidet einen äußeren und inneren Einbruch. Den ersteren begeht derjenige, welcher sich mit Gewalt entweder einen geschlossenen oder vorher nicht vorhanden gewesenen Eingang in ein solches Gebäude oder einen solchen Raum eröffnet oder eine vorhandene Oeffnung zum Eindringen erweitert oder sich sonst eine Oeffnung verschafft, mittelst welcher er den vorhandenen Eingang zum Eindringen sich öffnen, oder auch ohne einzudringen, den Diebstahl im Innern vollbringen kann. Der innere Einbruch dagegen wird durch gewaltsame Eröffnung von Thüren, Wänden, Eingängen oder Durchgängen im Innern eines Gebäudes begangen. Zum Begriff und Thatbestand des gefährlichen Diebstahls mit Einbruch gehört also nothwendig, wie auch schon im Worte liegt, die Anwendung von Gewalt. Auf die Mittel, durch welche das Aufbrechen bewirkt wurde, kommt es zum Begriffe des Verbrechens nicht an, und ebensowenig auf den Grad der angewendeten Gewalt. Ein Eröffnen ohne angewendete Gewalt, z. B. mit falschen Schlüsseln, Sperrhacken u. dgl. reicht dagegen nicht hin, indem solches nach §. 385 Abs. 13 einen blosen Erschwerungsgrund ausmacht. (Motive der Rgg.) Nach §. 74 b. des Strafedictes war ein gefährlicher Diebstahl mit Einbruch nur vorhanden, sobald das Einbrechen mittelst solcher Instrumente geschehen ist, womit der Dieb auch im Nothfalle, da er betreten wurde, sich zur Wehr setzen möchte. Anders verhält es sich nach dem neuen Strafgesetzbuch. Von welcher Art die Gewalt ist, ob sie insbesondere mit Instrumenten oder Brechwerkzeugen, oder ohne solche mit den blosen Händen oder Füßen verübt worden ist, dies ist nach dem Strafgesetzbuch einerlei, sobald durch dieselbe in der That nur ein verschlossener oder ein bisher nicht vorhanden gewesener Eingang oder eine solche Oeffnung gemacht worden ist, daß dadurch der Dieb entweder eindringen oder, ohne einzudringen, den Diebstahl durch Hineinlangen begehen, oder den gewöhnlichen Eingang, z. B. durch Zurückziehen eines Riegels, öffnen kann. Es ist daher eben so gut Einbruch, wenn durch Brecheisen oder durch andere Werkzeuge ein Loch in eine Mauer gebrochen, oder ein Fach aus einer Wand ausgeschlagen, als wenn blos mit der Hand ein Laden aufgebrochen und der Dieb hiedurch in die Wohnung eingedrungen ist, oder wenn er im Innern einer Wohnung die Thüre oder eine Wand mit Füßen eingetreten und so den Diebstahl verübt hat. Wollte man die letztern Fälle nicht zum Diebstahl mit Einbruch rechnen, so würden die gefährlichsten Diebe, welche durch ihre große Körperkraft allein das auszurichten vermögen, wozu Andere Werkzeuge nöthig haben, nur wegen gemeinen oder erschwerten Diebstahls gestraft werden können, während doch gerade sie für Eigenthum und Leben ganz besonders gefährlich sind, da sie ihre Werkzeuge, ihre

Arme stets bei sich haben, da sie vermittelst ihrer großen Körperstärke leicht jedes Hinderniß überwinden und mit Vertrauen auf dieselbe in der Regel noch weit beherzter jeder Gefahr entgegen gehen, auf jeden Widerstand gefaßt sind.*)

Häberlin Grundsätze IV., S. 69 ff.

Indessen genügt nicht jedes Einbrechen, z. B. ein einfaches Losreißen einer Latte, zum Thatbestand eines gefährlichen Diebstahls, sondern es wird hiezu ein mit wahrer Gewalt bewirktes Einbrechen verlangt. (Commissionsbericht von Bohm.) Es wird daher das blose Eindrücken einer Fensterscheibe und das durch dieselbe bewirkte Oeffnen des Fensters oder der Thüre nicht als Einbruch oder gewaltsamer Einbruch zu betrachten sein. Ebenso kann das blose Ausheben von Thüren und Läden zum Zwecke der Entwendung nicht als Einbruch angesehen werden, sondern nach §. 385 Abs. 11 nur einen Erschwerungsgrund abgeben.

Uebrigens ist es einerlei, ob durch die angewendete Gewalt Mauern oder Wände durchbrochen, Thüren, Läden oder Fenster erbrochen worden sind, sobald zur Oeffnung derselben nur die Anwendung von Gewalt in der oben angegebenen Weise erforderlich war.

Als Gegenstand des Einbruchs fordert das Gesetz bewohnte Gebäude oder andere bewohnte Räume und mit Recht wird kein Unterschied gemacht, ob in den Wohnhäusern oder in den anderen zur Wohnung bestimmten Räumen zur Zeit des Einbruchs jemand gegenwärtig war oder nicht; denn auch in dem letzteren Falle ist die von einem vermessenen Diebe zu befürchtende Gefahr für Menschen keineswegs völlig beseitiget, weil die Gebäude und Räume zur Zeit, wo der Diebstahl verübt wird, zur Wohnung bestimmt sind und wegen dieser Bestimmung jederzeit die Rückkehr der abwesenden Bewohner und so deren Zusamentreffen mit dem Diebe zu erwarten ist. (Commissionsbericht von Bohm.) Uebrigens hat es doch auf die Strafausmessung Einfluß, wenn der Diebstahl mit Einbruch absichtlich zu einer Zeit verübt wurde, wo der Dieb bestimmt wußte, daß die Bewohner abwesend sind und nicht zurückkehren, bis der Diebstahl ausgeführt ist, da dies doch eine geringere Bösartigkeit des Willens voraussetzt. §. 150, 151 des Str.G.B. Der Ausdruck Wohnung ist also keineswegs auf wirkliche Wohngebäude zu beschränken, sondern auf alle solche Räumlichkeiten zu beziehen, in welchen Menschen wirklich wohnen, d. h. in welchen sie namentlich ihren beständigen nächtlichen Aufenthalt nehmen, also z. B. auch auf Stallungen, in welchen die Knechte schlafen. Außer allen Arten von Häusern und Gebäuden gehören zu den bewohnten Gebäuden auch Schiffe und Hütten, in welchen Menschen wirklich wohnen, sollten sie sich auch zur Zeit des Diebstahls nicht in denselben aufhalten. Ebenso gehören dahin auch Schäferkarren, durch deren Erbrechung also ein gefährlicher Diebstahl mit Einbruch verübt werden kann.

Oberhofg. Jahrb. von 1826, S. 137.

Die Frage, ob der Grund des Gesetzes auch auf das Einbrechen in die zu einem bewohnten Gebäude gehörenden umschlossenen Hofräume oder in Gebäude, die zu einem solchen Hofraume gehören, selbst wenn diese Gebäude nicht zum Aufenthalt für Menschen bestimmt sind, passe? — wurde bejaht, weil sowohl der umschlossene Hofraum als auch jene darin befindlichen Gebäude (z. B. Scheuer, Viehstall, Keller, Holzhof) in der Weise als Theile der Wohnung anzusehen sind, als der Eintritt der Hausbewohner in diese Räume und somit die ihnen vom gefährlichen Diebe drohende Gefahr leicht zu jeder Zeit statt finden kann. (Commissionsbericht von Bohm.) Der Ausdruck umschlossener Hofraum wird jedenfalls auch auf den mit dem Wohnhause zusammenhängenden umschlossenen Garten bezogen werden müssen. Es ist hier von keiner analogen Anwendung eines eine Auszeichnung oder Erschwerung begründeten Gesetzes, sondern nur von einer richtigen, dem Geiste des Gesetzes entsprechenden Interpretation die Rede. Wollte man streng den Worten nach die gesetzlichen Bestimmungen auf den umschlossenen Hofraum beschränken, so würde man zu den sonderbarsten Inconsequenzen kommen. Denn gesetzt den Fall, der in Städten sehr häufig vorkommt, zu einem Hause gehört ein Hof und Garten; beide sind von einer Mauer umschlossen, von einander aber nur leicht durch ein Stacket, in welchem sich eine nicht verschlossene Thür befindet, getrennt; würde ein Dieb in den Hof einbrechen und hier etwas entwenden, oder von hier durch die unverschlossene Thür in das Haus eindringen, so würde er wegen Diebstahls mit Einbruch bestraft werden müssen, während bei einer strikten Interpretation der obigen Worte

*) Ob im concreten Falle gewaltsam eingebrochen wurde? ist eine Thatfrage, welche das richterliche Ermessen nach den durch den Augenschein ermittelten Umständen zu beurtheilen haben wird.
D. R.

nur gemeiner Diebstahl unter erschwerenden Umständen vorliegen würde, wenn er in der Gartenmauer eingebrochen, von hier aus aber auf dem gewöhnlichen Wege durch die unverschlossenen Thüren in das Haus gelangt wäre und doch stehen beide Diebstähle in der Strafbarkeit einander unbedingt gleich. Es ist daher auch der zu einem Wohnhaus gehörige, umschlossene Garten, d. h. ein solcher, welcher an das Wohnhaus grenzt und dergestalt umschlossen ist, daß man in denselben nur durch den Gebrauch von Schlüsseln, durch Einbrechen oder Einsteigen gelangen kann, in Beziehung auf Einbruch und Einsteigen dem Wohngebäude selbst gleich zu achten.

Dagegen kann ein, selbst an ein Wohnhaus angränzender offener Garten, in welchen man ohne Mühe, z. B. durch Oeffnungen oder Lücken in der lebendigen Hecke gelangt, nicht hierher gerechnet werden.

Häberlin a. a. O. S. 78 ff.

Endlich wird auch das Einbrechen in ein Zimmer oder in einen anderen geschlossenen Raum im Innern eines Gebäudes der bezeichneten Art zu dem gefährlichen Diebstahle gezählt. Dagegen bildet das gewaltsame Erbrechen von Schränken, Kisten oder anderen Behältnissen keinen gefährlichen Diebstahl, sondern nach §. 385, Abs. 12 blos einen Erschwerungsgrund. Ebenso ist das Einbrechen in unbewohnte Gebäude in Gemäßheit des §. 385, Abs. 11 nur ein Erschwerungsgrund. *)

Für den Begriff und Thatbestand des Diebstahls mit Einbruch ist es gleichgültig, ob damit ein Eindringen verbunden war oder nicht, da es auch zu dem vorliegenden Diebstahle gerechnet wird, wenn der Dieb durch die gewaltsam erbrochene Oeffnung von Außen her, ohne einzudringen, Etwas entwendet, oder wenn er durch dieselbe den gewöhnlichen Eingang geöffnet, den Riegel der Thüre zurückgezogen hat, und nun hiedurch in das Haus gekommen ist. Zum Thatbestand des Diebstahls mit Einbruch ist nämlich noch nothwendig, daß der Einbruch vor der Entwendung, zum Zwecke der Verübung derselben geschehen sein muß, einerlei, ob der Einbruch erfolgte, um in das Haus oder die Stube zu gelangen. Es ist daher kein Diebstahl mit Einbruch, wenn Thüren, Fenster, Wände nach vollbrachtem Diebstahl erbrochen oder durchbrochen worden sind, um dem Diebe einen Ausgang zu verschaffen; das ist kein Einbruch, sondern ein Ausbruch, der als solcher nicht qualificirt ist. Es begeht auch derjenige keinen Diebstahl mit Einbruch, welcher nach vollendetem gemeinen Diebstahl in ein Gebäude einbricht, sei es um sich dort zu verbergen, oder sei es um den Verdacht zu begründen, daß jene Entwendung durch eine andere Hand vermittelst Einbruchs ausgeführt worden sei.

Daß ferner das Verbrechen des Diebstahls mit Einbruch erst dann vollendet sei, wenn die Entwendung wirklich vollbracht ist, kann keinem Zweifel unterliegen. Wenn daher Jemand bei dem Akt des Einbrechens in diebischer Absicht oder nach vollendetem Einbruch, aber vor der Entwendung selbst, entdeckt und ergriffen wird, so wird er zwar nach den Grundsätzen des Versuches, aber nicht nach den für den vollendeten Diebstahl mit Einbruch geltenden Strafregeln beurtheilt.

Wenn mehrere gemeinschaftlich einen Diebstahl mit Einbruch begehen, so sind diejenigen, welche am Einbruch sowohl als an der Entwendung selbstthätig mitwirkten, nach den Bestimmungen für den gefährlichen Diebstahl zu beurtheilen und es wird jeden Einzelnen die gesetzliche Strafe nach Verhältniß seiner Betheiligung treffen, während die blosen Gehilfen bei diesem Diebstahl den allgemeinen Regeln über die Beihilfe unterliegen.

Archiv des Criminalrechts von 1845 S. 465 ff. (Hammer)

Endlich wird ein gefährlicher Diebstahl begangen

3) durch Einsteigen, d. h wenn der Dieb in bewohnte Gebäude oder andere bewohnte Räume (sollte auch zur Zeit der That Niemand darin gegenwärtig sein), oder in den zu einem bewohnten Gebäude gehörenden umschlossenen Hofraum, oder in Gebäude, die zu einem solchen Hofraum gehören, wenn sie auch nicht zum Aufenthalt für Menschen bestimmt sind, oder in ein Zimmer oder einen anderen geschlossenen Raum im Innern eines Gebäudes der einen oder der anderen Art in einer Weise einsteigt, daß er im Falle der Betretung

*) So eng wird diese Bestimmung nicht verstanden werden können. Während der §. 381 ein gewaltsames Einbrechen und verwegenes Einsteigen im Auge hat, handelt der §. 385 Abs. 11 von Einbrechen und Einsteigen, bei welchem nicht alle Voraussetzungen des §. 381 No. 2 vorhanden sind. Dadurch wollte ohne Zweifel die Erläuterung No. 71 zum §. 74 des Strafedictes in das neue Gesetz hereingezogen werden, welche sagt:

„Erbrechen oder Einsteigen, das den gesetzlich vorbehaltenen Gewaltsgrad nicht darstellt, obgleich es einen Diebstahl nicht zum gefährlichen macht, wirkt doch dabei als Erschwerungsgrund."

Wo also die nach §. 381 No. 2 zum Thatbestand des gefährlichen Diebstahls erforderliche Gewalt oder Verwegenheit beim Einbrechen oder Einsteigen nicht zutrifft, da gilt das eine und andere nur als Erschwerung. D. R.

nicht leicht wieder entfliehen könnte. §. 381 Abs. 2 des Str.G.B.

Unter Einsteigen ist jedes auf ungewöhnlichem Wege, einerlei, ob mit oder ohne Vorkehrungen, jedoch ohne Gewalt erfolgte Eindringen in bewohnte Gebäude u. s. w. zu verstehen. Zunächst wird also verlangt und zwar als Hauptsache ein ungewöhnlicher Eingang, d. h. das Eindringen in eine Oeffnung, die nicht zum Eingange bestimmt ist, z. B. durch ein Fenster, durch ein Kellerloch, durch eine Dach- oder Bodenlucke, über Mauern, Thüren oder Planken u. dgl. Es ist daher kein Einsteigen, wenn der Dieb durch die gewöhnliche Hausthüre, zu welcher man nur durch Ersteigen mehrerer Stufen gelangt, eingegangen ist. Was das Ersteigen selbst anbetrifft, so ist es keineswegs erforderlich, daß der Dieb auf Leitern, oder mittelst anderer Vorkehrungen in das Haus oder den Hof gelangt sei; ja es ist nicht einmal nöthig, daß er in die Höhe gestiegen sei; es ist auch ein Einsteigen, wenn der Dieb in ein Kellerloch hineingekrochen ist, und ebenso, wenn er durch den Schornstein, oder von dem Dache eines Hauses durch ein Fenster oder durch eine Oeffnung im Dache in ein anderes Haus eingestiegen ist.

Häberlin a. a. O. S. 79.

Ueberhaupt ist es für den Begriff des Diebstahls mit Einsteigen gleichgültig, ob das Einsteigen mit Leitern, mit Hilfe von Bäumen, die am Gebäude hinaufragen oder mit anderen Vorkehrungen oder ohne allen Aperat, z. B. durch bloses Klettern u. dgl., ob es durch Hinauf- oder durch Hinabsteigen geschehen sei, wenn es nur in einer gefährlichen, die Geflissenheit und Vermessenheit des Diebes kund gebenden Weise, d. h. in der Weise geschehen ist, daß der Dieb im Falle der Betretung nicht leicht wieder entfliehen konnte (wie schon der §. 74a. des Strafedictes bestimmt hat). Das Einsteigen durch ein Fenster zu ebener Erde oder ein leichtes Ueberspringen der niederen Einfassung würde z. B. zum Begriff des gefährlichen Diebstahls nicht hinreichen. (Motive der Rgg. und Commissionsbericht von Bohm.) Dagegen ist ein solcher Diebstahl unzweifelhaft dann vorhanden, wenn der Dieb auf einer Leiter in ein hochgelegenes Fenster gestiegen ist, und er bei der Entdeckung seine Flucht nur durch das Fenster und die Leiter hinunternehmen kann, indem der Dieb im Betretungsfalle nicht leicht entfliehen und dadurch zur Gegenwehr veranlaßt werden könnte. Ob diese Voraussetzung in jedem einzelnen Falle vorhanden sei, ist lediglich eine Thatfrage und es sind jeweils nicht nur die subjectiven Umstände, sondern auch die Localitäten genau zu untersuchen, insbesondere ist zur Ermittlung des Thatbestandes des Einsteigens zu erheben, ob außer dem Wege, auf welchem der Dieb in das Gebäude oder in den Hofraum eingestiegen ist, nicht noch andere Oeffnungen oder Eingänge vorhanden sind, durch welche der Dieb leicht entfliehen konnte. Sind solche vorhanden, so ist der Diebstahl kein gefährlicher, sondern blos ein unter erschwerenden Umständen verübter. §. 385 Abs. 11 des Str.G.B.

Als Gegenstand des Einsteigens fordert das Gesetz wie beim Einbruch bewohnte Gebäude oder andere bewohnte Räume oder einen hiezu gehörigen umschlossenen Hofraum oder Gebäude, die zu einem solchen Hofraum gehören. Es gilt somit hier alles das, was in dieser Beziehung oben unter No. 2 gesagt worden ist. Nicht blos von Außen, sondern auch von Innen kann ein Diebstahl mit Einsteigen verübt werden. So ist es ein gefährlicher mit Einsteigen verübter Diebstahl, wenn der Dieb in eine offene, von dem Hause durch eine Giebelwand getrennte Scheune geht, von der er auf einer Leiter über den Heuboden bis an die Bretterwand hinaufsteigt, von dieser ein Stück wegreißt, so daß er durch die damit bewirkte Oeffnung in das Wohnhaus kömmt.

Oberhofg. Jahrb. n. F. VII., S. 319.

Ebenso wird das Einsteigen in ein Zimmer oder in einen anderen geschlossenen Raum im Inneren eines Gebäudes zu dem gefährlichen Diebstahl gezählt. Es ist daher ein Diebstahl mit der Qualification des Einsteigens, wenn der Dieb durch ein Loch in eine Scheune schlüpft, von dort in eine Kammer kömmt, sich dann auf die Fruchtbühne begibt, daselbst am Boden ein Brett weghebt und so in die darunter liegende Kammer auf dem weggenommenen Brette hinabrutscht.

Oberhofg. Jahrb. von 1831/32, S. 191.

Wenn aber der Dieb auf einer Leiter in Räume steigt, in welche die Bewohner selbst auf diese Weise gelangen; wenn er ferner diese Leiter am Gebäude selbst so angelegt findet, daß sie von den Bewohnern offenbar als Treppe und als gewöhnliches und einziges Mittel in gewisse höhere Räume des Gebäudes zu gelangen benutzt wird; so kann der hiedurch vermittelte Diebstahl keineswegs als Diebstahl mit Einsteigen gelten, denn der Dieb ist ja auf dem gewöhnlichen, von den Bewohnern selbst dazu benutzten Wege, in das Gebäude eingedrungen, sein Eingehen war kein ungewöhnliches, mit Schwierigkeit-

und Gefahr für ihn bewerkstelligtes, sondern das natürliche von den Bewohnern selbst auf diese Weise unternommene. Ebenso wie derjenige nicht einsteigt, welcher die zur Thüre des Hauses hinaufführende Treppe als Mittel zum Eingehen ins Haus benützt, kann auch jener Dieb nicht des Einsteigens beschuldiget werden, der sich der als Treppe dienenden Leiter zum Eingehen in die höheren Theile von Gebäuden auf dieselbe Art, wie die Bewohner selbst, bedient.

Archiv des Criminalrechts von 1845, S. 618, 619.

Zum Einsteigen gehört aber doch endlich ein wirkliches Hineinlangen in die Wohnung oder den Hofraum u. drgl.; ein bloses Aufsteigen an einer Wand, um etwas außerhalb Hängendes wegzunehmen, genügt zum Begriffe des Einsteigens nicht, wenn auch der Dieb Leitern dazu benützt haben sollte; noch viel weniger kann es natürlich als Diebstahl mit Einsteigen betrachtet werden, wenn der Dieb im Freien zur Verübung des Diebstahls gestiegen ist, z. B. auf einen Baum, um daselbst Obst oder andere darauf befindliche Gegenstände zu entwenden.

Was übrigens oben vom Einbrechen zum Zwecke des Herausgehens gesagt worden ist, gilt auch vom Diebstahl mit Einsteigen; dieses muß also zum Zweck des Eindringens in Gebäude in der Absicht zu stehlen, und vor der Entwendung selbst geschehen sein, wenn es den Diebstahl zu einem gefährlichen machen soll. Ebenso ist hier keine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen über Vollendung und Versuch gemacht und damit ausgesprochen, daß die Strafe des vollendeten gefährlichen Diebstahl erst dann eintreten kann, wenn der Dieb von der fremden Sache schon Besitz ergriffen hat, daß also die gefährliche Handlung des Einsteigens, so lange nicht jene Besitzergreifung damit verbunden ist, nur als Versuch erscheint, während das Strafedict in §. 74 ganz allein nur das Moment der Gefährlichkeit berücksichtigend, schon das blose Einsteigen, gleichviel ob sich der Dieb einer fremden Sache schon bemächtiget hatte oder nicht, mit der Strafe des vollendeten Diebstahls bedroht. *) (Com.-B. von Bohm.)

Vrgl. Archiv d. Cr.R. v. 1845 S. 614 ff. (Hammer).

*) Dieser Sinn liegt dem §. 74 des Strafedictes nicht zum Grunde. Es ist hier nur gesagt, daß die Fortschaffung der Beute nicht zur Vollendung des Diebstahls mit Einsteigen erfordert werde. Durch die Ausschließung des Requisits der Ablation wollte aber der Gesetzgeber keineswegs zu verstehen geben, daß auch die Besitzergreifung (deprehensio) zur Consummation eines gefährlichen Diebstahls nicht erforderlich sei. In so fern besteht also zwischen der alten und neuen Gesetzgebung kein Unterschied. D. R.

Wie bei dem Diebstahl mit Waffen das zufällige Auffinden der gebrauchten Waffen so auch bei dem Diebstahl mit Einbruch und Einsteigen zieht das zufällige Auffinden der Einsteigungs- und Erbrechungswerkzeuge am Ort des Diebstahls das Verbrechen nicht aus der Klasse der gefährlichen Diebstähle, sondern es bildet nur bei der Strafausmessung einen Abstufungsgrund, wenn der Dieb nicht schon zum voraus wußte, daß er solche Werkzeuge am Orte der That finden werde. (§. 70 der Erläuterungen zum Strafedikt.)*)

Die Strafe des gefährlichen Diebstahls besteht in Zuchthaus von 1 Jahre bis zu 8 Jahren, in leichteren Fällen in Arbeitshaus bis zu 2 Jahren. §. 381 des Str.G.B. Zugleich kann auf Stellung unter polizeiliche Aufsicht, §. 25, 26 und auf Strafschärfungen erkannt werden. §. 53 ff. des Str.G.B.. Das Zusammentreffen des Moments der Bewaffnung mit dem Momente des Einbrechens oder Einsteigens bei dem nämlichen Diebstahl begründet eine Straferhöhung innerhalb der gesetzlichen Grenzen. §. 382. Aber auch das Zusammentreffen des gewaltsamen Einbrechens mit gefährlichem Einsteigen wird nach §. 151 Abs. 2 einen Straferhöhungsgrund bilden. Ferner kommt bei jeder Art der Gefährlichkeit die Größe des Betrags gleichfalls als Straferhöhungsgrund in Betracht und es versteht sich von selbst, daß hier in der Größe des Betrags auch die dabei verübte Beschädigung begriffen sei und zwar in Gemäßheit des §. 380 des Str.G.B. Uebersteigt bei dem gefähr-

*) Nach §. 381 Abs. 1 ist es in Beziehung auf den Thatbestand des bewaffneten Diebstahls allerdings einerlei, ob der Dieb Waffen oder andere Werkzeuge bei sich geführt oder am Orte der That zu sich genommen hat. Allein der §. 381 Abs. 1 enthält über die Strafausmessung keine Bestimmung, sondern hierüber ist die Vorschrift des §. 150, 152 maaßgebend. Und hiernach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß derjenige, welcher die Waffen am Orte der That zufällig gefunden hat, gelinder zu bestrafen ist als derjenige, welcher sie mitgebracht hat, da ersteres eine geringere Bösartigkeit des Willens voraussetzt als letzteres. — Soviel auf die Redactionsnote S. 125.

D. E.

Anmerkung der Redaction. Der §. 381 stellt übrigens den Fall, wo der Dieb die Waffen oder Werkzeuge mitgebracht, dem andern Falle, wo er sie erst am Orte der That zu sich genommen hat, ganz gleich und schließt eben dadurch jede Unterscheidung aus. Man darf deßhalb auch keine Destinction aus den allgemeinen Bestimmungen der §§. 50—52 in den §. 381 hineintragen, um den einen Fall gelinder als den anderen zu bestrafen.

D. R.

lichen Diebstahl der Werth des entwendeten Gutes die Summe von 300 fl., so ist jedenfalls auf Zuchthausstrafe innerhalb des §. 381 bestimmten Maaßes zu erkennen. — §. 383. Dagegen findet der Grundsatz des §. 478, wornach mehrere Vergehen als fortgesetzte That angesehen und die Beträge derselben zusammengerechnet werden, auf gefährliche Diebstähle keine Anwendung, gleichviel, ob mehrere gefährliche Diebstähle unter sich oder mit anderen gemeinen Diebstählen zusammentreffen, sondern es werden die mehrfachen Uebertretungen als zusammentreffende behandelt und die durch solche erschwerende Umstände begründeten Straferhöhungen nach den Vorschriften der §§. 170—179 ermessen, indem bei dem gefährlichen Diebstahl nicht die Quantität des Gestohlenen, sondern die Qualität der Gefährlichkeit entscheidet und die Gefährlichkeit der Handlung einen gleichbedeutenden Einfluß hat, wie die Größe des Betrages. (Motive der Regierung und Commissions-Bericht von Aschbach.)

Vergl. Oberhofg. Jahrb. von 1831/32 S. 246 ff.

Der Charakter der Gefährlichkeit hat beim Diebstahl auch die Wirkung, daß jeder gefährliche Diebstahl ein gerichtlich strafbarer ist, wenn auch der Werth des Gestohlenen einen Gulden nicht übersteigt; denn der §. 477 spricht nur vom gemeinen Diebstahl, er bezieht sich also nicht auf den gefährlichen Diebstahl.

§. 6.

Erschwerungsgründe.

(Ausgezeichneter oder qualificirter resp. erschwerter Diebstahl.)

Das Strafgesetzbuch kennt den Ausdruck „ausgezeichneter und qualificirter Diebstahl" nicht, sondern es bedient sich des Wortes „Erschwerungsgründe". Diese unterscheiden sich von den Straferhöhungsgründen dadurch, daß letztere nur Einfluß haben auf die Ausmessung der Strafe innerhalb des gesetzlichen Strafmaaßes, während beim Dasein der Erschwerungsgründe der Richter berechtiget ist, dieses Strafmaaß zu überschreiten. Die Erschwerungsgründe sind als Ausnahmen von der Regel strenge zu interpretiren und nicht auf ähnliche Fälle auszudehnen, während die in dem Gesetze aufgeführten Straferhöhungsgründe nur als Beispiele gelten, welche die Berücksichtigung analoger Umstände nicht ausschließen.

Häberlin a. a. O. I., S. 90.

Es gibt allgemeine und besondere Erschwerungsgründe. Erstere sind die Concurrenz der Verbrechen und die Rückfälle, wovon spä̈er gesprochen werden wird. Die besonderen Erschwerungsgründe beim Diebstahl sind in §. 385 aufgezählt. Die hier hervorgehobenen Diebstähle die auch schon das gemeine Recht sowie das Strafedikt auszeichneten und sogar als qualificirte Diebstähle betrachteten, sollen mit höherer als der gewöhnlichen Diebstahlsstrafe bestraft werden, theils mit Hinsicht auf die Gegenstände, die ihrer Natur und der allgemeinen Meinung nach einem besonderen Schutze zu unterstellen sind, theils mit Hinsicht auf die Orte, wo die Gegenstände sich befinden und die ihrer Beschaffenheit wegen eine besondere Befriedigung in Anspruch nehmen können. (Commissionsbericht von Bohm.)

Ein solcher ausgezeichneter oder erschwerter Diebstahl ist es also

1) wenn der Diebstahl in Gebäuden, die dem öffentlichen Gottesdienste gewidmet sind, an dem Gottesdienste gewidmeten Sachen verübt worden ist; oder
2) an anderen Gegenständen in solchen Gebäuden oder an dem Gottesdienste gewidmeten Sachen, die sich außerhalb solcher Gebäude an ihrem gewöhnlichen Verwahrungsort befinden oder zu gottesdienstlichen Zwecken außerhalb derselben Gebäude verwendet werden.

Hiernach findet ein Kirchendiebstahl in folgenden drei Fällen statt: a) wenn eine dem Gottesdienste gewidmete Sache in einem dem öffentlichen Gottesdienste gewidmeten Gebäude, b) wenn eine gleiche Sache, die sich außerhalb eines solchen Gebäudes an ihrem gewöhnlichen Verwahrungsort befindet oder zu gottesdienstlichen Zwecken außerhalb eines derartigen Gebäudes gebraucht wird, und c) wenn eine nicht dem Gottesdienste gewidmete (eine profane) Sache aus einem dem öffentlichen Gottesdienste gewidmeten Gebäude entwendet wird. Unter einem solchen Gebäude ist nicht nur die Kirche selbst, sondern auch die Sacristei als Theil der Kirche zu verstehen und ebenso eine Kapelle oder ein Bethaus. Uebrigens muß das Gebäude für den öffentlichen Gottesdienst bestimmt sein, daher die Entwendung aus einem blosen Privatbethaus nicht als ein ausgezeichneter oder erschwerter Diebstahl erscheint. Eine Unterscheidung, je nachdem das Gebäude oder auch die Sache zur Ausübung des Gottesdienstes der einen oder anderen Religionsgesellschaft bestimmt ist,

hat das Gesetz nicht aufgestellt, weil alle Religionsgesellschaften, denen die Ausübung ihres Gottesdienstes im Großherzogthum gestattet ist, gleichen Schutz anzusprechen haben. (Commissionsbericht von Bohm.) Es gehören also hierher die Bet- und Gotteshäuser aller im Staate geduldeten Religionsgemeinschaften, namentlich auch die Synagogen der Juden. Ein ausschließlich zum Gottesdienste bestimmtes Gebäude wird jedoch nicht nothwendig sein, sondern es wird ein Kirchendiebstahl auch begangen in einem anderen Raume, der zu öffentlichen Gottesdienste bestimmt ist, z. B. in einem Betsaal, der sich in einem profanen Gebäude befindet, ebenso in einer von Brettern aufgeführten Nothkirche. Der Schutz des Gesetzes erstreckt sich nun auf alle Sachen, welche in einem solchen Gebäude oder Raume aufbewahrt werden oder sonst sich in demselben befinden, einerlei, ob sie zum Gottesdienste selbst bestimmt sind oder nicht, so daß also z B. auch der Diebstahl an dem in der Kirche befindlichen Opferstocke,

Oberhofg. Jahrb. von 1827/28, S. 278.

ja selbst ein gemeiner Taschendiebstahl während des Gottesdienstes oder die Entwendung eines in der Kirche liegen gebliebenen Gebet- oder Gesangbuches als ein ausgezeichneter oder erschwerter Diebstahl gilt. Bei den dem Gottesdienste unmittelbar gewidmeten Sachen oder bei geweihten Sachen tritt aber noch ihre Eigenschaft als res sacra hinzu, welche an sich schon eine Entwendung derselben wegen der Rohheit des Thäters und der durch die That ausgedrückten Verachtung der Religion als besonders strafbar erscheinen läßt, so daß also bei der Entwendung derselben aus einer Kirche eigentlich zwei den Diebstahl gravirende Umstände, die Heiligkeit des Ortes und die Heiligkeit der Sache, zusammen kommen, wodurch dieser Fall als ganz besonders strafbar erscheint. Für denselben muß jedoch die Strafe innerhalb der gesetzlichen Grenzen höher ausgemessen werden, sie darf also das Maximum nicht übersteigen. Die Heiligkeit der dem Gottesdienste gewidmeten Sachen besteht fort, wenn sie sich außerhalb den Gotteshäusern an ihrem sonstigen gewöhnlichen Verwahrungsorte befinden, wie z. B. die kirchlichen Gefäße der Protestanten in den Pfarrhäusern, oder wenn sie zu gottesdienstlichen Zwecken außerhalb solcher Gebäude gebraucht werden, z. B. bei Spendung der Sacramente an Kranke in ihren Wohnungen, bei Prozessionen u. s. w. Daß jedoch in diesen Fällen ein Diebstahl, der an einem dem Gottesdienste gewidmeten Gegenstand verübt wird, nur dann als ein ausgezeichneter oder erschwerter bestraft werden kann, wenn der Dieb gewußt hat, daß der Gegenstand zum Gottesdienste bestimmt sei, versteht sich von selbst. Hat er dieses nicht gewußt, so ist kein erschwerter, sondern ein gemeiner Diebstahl vorhanden, ebenso wenn Gegenstände, die dem Gottesdienste gewidmet sind, entwendet wurden von anderen Orten als aus Kirchen oder ihrem sonstigen gewöhnlichen Verwahrungsort oder da sie außerhalb solcher Gebäude zu anderen als zu gottesdienstlichen Zwecken gebraucht wurden. So ist z. B. die Entwendung einer Monstranz aus dem Hause eines Gold- und Silberarbeiters, wo sie sich zur Reparatur befand, kein erschwerter Diebstahl.

Welche Sache zu den rebus sacris, zu den dem Gottesdienste unmittelbar geweihten Sachen gehören, dies bestimmt sich nach den Lehren der verschiedenen Kirchen, es werden dahin z. B. gerechnet: die Abendmahlsgeräthschaften, das Taufbecken, bei Katholiken die Monstanz mit dem Sanctissimum u. s. w. Daß in Beziehung auf den Begriff und Thatbestand des Kirchendiebstahls auf den Glauben des Thäters, darauf, welcher Religion er angehört, Nichts ankommt, folgt schon aus der Verpflichtung Aller zur Achtung der Religionsrechte der vom Staate anerkannten Religionsgesellschaften, jedoch kann allerdings innerhalb des gesetzlichen Strafmaaßes die subjective Strafbarkeit durch die Confession des Thäters erhöht oder verringert werden, je nach dem er nämlich den Kirchendiebstahl in einer Kirche oder an Sachen seiner Religion oder einer anderen begeht; insbesondere macht sich ein Katholik durch die Entwendung der Monstranz strafbarer als ein Protestant durch eine gleiche That in einer katholischen Kirche.

Hufnagel Commentar über das Würtembergische Str.G.B. II., S. 335 ff.

Häberlin a. a. O. IV., S. 52 ff.

Der Diebstahl an Gräbern gehört nicht hierher, sondern das Strafgesetzbuch verweist denselben in das Kapitel von den Beschädigungen fremder Sachen. Daselbst ist jedoch in §. 578, 579 nur die Sprache von der unbefugten Eröffnung eines Grabes und von der Entwendung aus dem Grabe, so wie von der Entwendung eines Leichnams, nicht aber von der Entwendung solcher Gegenstände, die auf den Gräbern sich befinden, als Denkmäler, Kreuze, Einfriedigungen, Blumen und dergleichen, welche Eigenthum der Familie oder der Erben des Verstorbenen sind. Eine Entwendung dieser Gegenstände ist unzweifelhaft Diebstahl und zwar auch ein erschwerter, er fällt

aber nicht in diese Kategorie, sondern unter Abs. 6 des §. 385 des Str G B., weil solche Gegenstände im Vertrauen auf die öffentliche Sicherheit nicht besonders verwahrt zu werden pflegen.

Ferner wird ein ausgezeichneter oder erschwerter Diebstahl begangen

3) durch Entwendung in Schlössern, welche zur gewöhnlichen Residenz oder zum zeitlichen Aufenthalt des Großherzogs bestimmt sind.

Nach früherem Recht (§. 89 des Straf-Ed.) herrschte über den Begriff und Thatbestand des sog. Hofdiebstahls und zwar darüber Streit, ob ein solcher nur verübt werden könne in den jeweiligen Wohnungen des Regenten oder auch in anderen Gebäuden, die zum Staatsgebrauch dienen, z. B. in Amthäusern u. s. w.

Oberhofg. Jahrb. n. F. III., S. 61.
Annalen X., S. 159.

Diese Streitfrage wurde durch das neue Strafgesetz dahin entschieden, daß ein Hofdiebstahl nur in Schlössern verübt werden könne, welche zur gewöhnlichen Residenz oder zum zeitlichen Aufenthalt des Landesherren bestimmt sind. Und es ist hiebei gleichgültig, ob die aus solchen Schlössern entwendeten Sachen Eigenthum des Regenten oder einer anderen Person sind. Dagegen ist es kein Hofdiebstahl, wenn landesherrliches Eigenthum an anderen Orten als in solchen Schlössern entwendet wird. Uebrigens ist zum Thatbestand des Hofdiebstahls nothwendig, daß der Dieb gewußt hat, es sei das Schloß, wo der Diebstahl verübt wird, zur gewöhnlichen Residenz oder zum zeitlichen Aufenthalt des Großherzogs bestimmt.

Hufnagel a. a. O. S. 337, 338.
Häberlin a. a. O. S. 61, 62.

(Fortsetzung folgt.)

II.

Literaturbericht.

Anleitung für Geschworne von Dr. J. Zentner, großh. Oberhofgerichtsrathe in Mannheim. Verlag von Friedrich Götz daselbst.

Dieses so eben ausgegebene Schriftchen, welches dem Geschwornen in gemeinverständlicher und zugleich eindringlicher Sprache eine alles Wesentliche umfassende Belehrung über die Natur und Pflichten seines wichtigen und heiligen Amtes ertheilt, ist aus der Feder eines bewährten Praktikers geflossen, der schon vor zwei Dezennien in einem größeren Werke unter dem Titel: „Das Geschwornengericht mit Oeffentlichkeit und Mündlichkeit im Gerichtsverfahren ꝛc." seine Stimme mit Wärme für das Institut erhoben hat, welches eben jezt ins Leben geführt werden soll. Seitdem war der patriotische Verfasser als Abgeordneter zur zweiten Kammer der badischen Stände bei jeder Gelegenheit eifrig bemüht, dieser Einrichtung so lange das Wort zu reden, bis sie endlich das Gemeingut von ganz Deutschland wurde.

Wir gestehen ihm daher auch gerne die in der Einleitung vindicirte Berechtigung zu:

> „Angesichts des Ganges unserer vaterländischen Angelegenheiten an seine deutschen Mitbürger den ernsten Mahnruf zu richten, nicht durch Mißbrauch des ihnen anvertrauten wichtigen Amtes und Betretung falscher Wege zu dem Vorwurfe, daß das deutsche Volk zu dieser Einrichtung noch nicht reif sei, Anlaß zu geben und wohl zu bedenken, daß sie dadurch das kaum errungene Gut sehr gefährden könnten."

An der Hand dieses wohldurchdachten Leitfadens wird sich der Geschworne den zur gewissenhaften und würdigen Erfüllung seines Berufes nöthigen Takt leicht aneignen, um der Lösung oft schwieriger Aufgaben gewachsen zu sein.

Es handelt sich aber insbesondere auch darum, die kostbare Errungenschaft sorgfältig zu pflegen, damit sie in das Fleisch und Blut des Volkes übergehe und als ein unantastbares und unveräußerliches Palladium der öffentlichen Ordnung und bürgerlichen Freiheit von Geschlecht zu Geschlecht sich vererbe.

Aus diesem Grunde möchten wir das vorliegende Schriftchen, obgleich zunächst nur bestimmt dem Geschwornen als Wegweiser zu dienen, angelegentlichst Jedem empfehlen, welchem die gedeihliche Entwickelung der vaterländischen Institutionen am Herzen liegt, weil es in zweckmäßiger Kürze das ganze Wesen des Schwurgerichts anschaulich entwickelt und zugleich in einem Anhange das hierauf bezügliche Gesetz enthält, welches den bedeutendsten Theil der Strafrechtspflege vertrauensvoll in die Hände der Bürger legt.

D. R.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. No. 24. Mannheim, 14. Juni 1851.

I.

Von dem Diebstahl.

(Fortsetzung.)

Ein erschwerter Diebstahl ist vorhanden

4) wenn er an öffentlichen Sammlungen für Kunst, Wissenschaft oder Gewerbe verübt wird, z. B. in Universitätsbibliotheken u. s. w. Eine Entwendung aus blosen Privatsammlungen dieser Art ist kein erschwerter Diebstahl, insofern nicht andere Voraussetzungen des §. 385 vorhanden sind.

Sodann erscheint als erschwerter Diebstahl

5) jede Entwendung bei Gelegenheit einer Feuersnoth oder eines anderen allgemeinen oder besonderen Nothzustandes. Der Grund der Auszeichnung dieses Diebstahls liegt darin, daß bei dergleichen Gefahren die Verwahrung des Eigenthums theils schwieriger ist, theils auch wegen der herrschenden Angst und Bestürzung nicht so dafür gesorgt wird, als sonst, sowie in der besonderen Bosheit und Gefährlichkeit des Thäters, welcher sich nicht scheut, die vorhandene große Noth durch sein Verbrechen noch zu vergrößern. Ob übrigens der Diebstahl an dem zunächst in der Noth Befindlichen oder in derselben Verunglückten oder an einem Anderen verübt wird, ist bei einer allgemeinen Noth d h bei einer solchen, durch welche ein ganzer Ort oder doch ein großer Theil desselben in Unruhe und Aufregung versetzt wird, einerlei, weil die allgemeine Noth z. B Feuers- Wassers- oder Kriegsnoth in der Regel jeden Bewohner von der Bewachung seines Eigenthumes abzieht. Aber auch der besondere Nothzustand, d. h. unglückliche Ereignisse, welche blos einzelne Personen oder Familien oder Häuser treffen, ohne öffentliche Ruhestörung zu bewirken, gehören in diese Kategorie, es ist daher nach unserem Gesetz als ein erschwerter Diebstahl anzusehen, wenn Jemand die Bestürzung, in welche Jemand z. B. durch den Tod eines Anderen versetzt wird, zu einem Diebstahle benützt.

Hufnagel a. a. O. S. 396, 397.

Häberlin a. a. O. S. 51, 52.

6) Erschwert ist der Diebstahl an Ackergeräthschaften auf dem Felde, an Feld- oder Gartenfrüchten oder an anderen Gegenständen im Freien, welche im Vertrauen auf die öffentliche Sicherheit nicht besonders verwahrt zu werden pflegen.

Hiernach sind alle Diebstähle ausgezeichnete oder erschwerte, welche an Gegenständen verübt werden, die im Vertrauen auf die öffentliche Sicherheit nicht besonders verwahrt, oder öffentlich hingestellt oder hingelegt zu werden pflegen. Es ist hier das öffentliche Vertrauen, welches durch die Entwendung der fraglichen Gegenstände verletzt, die öffentliche Sicherheit, welche dadurch gefährdet wird, und deren Verletzung gerade dergleichen Entwendungen als besonders strafbar erscheinen läßt. Dabei kann es aber durchaus keinen Unterschied machen, ob Jemand absolut genöthigt war, sein Eigenthum der öffentlichen Sicherheit anzuvertrauen, oder aber solches that, weil es seine Mitbürger auch thun, weil es so Sitte ist an dem betreffenden Orte; in beiden Fällen thut er es im Vertrauen auf die öffentliche Sicherheit; in beiden Fällen ist also eine Verletzung dieses Vertrauens, ein Angriff auf die öffentliche Sicherheit gleich strafbar, und es kann nicht noch auf Recherchen ankommen, welche für die That sowohl in objectiver als in subjectiver Hinsicht durchaus indifferent sind. Der Richter hat daher nicht weiter darnach zu fragen, ob die bessere Verwahrung der fraglichen Gegenstände möglich gewesen sei, sondern nur darnach, ob solche Gegenstände nach der herrschenden

Volksſitte nicht beſonders verwahrt zu werden pflegen. Wenn es alſo an einem beſtimmten Orte Sitte iſt, daß die Einwohner ihren Vorrath an Brenn- und Nutzholz vor ihren Häuſern auf offener Straße aufgeſchichtet aufbewahren, ſo wird ein an ſolchem Holze begangener Diebſtahl ohne Weiteres als ausgezeichneter oder erſchwerter behandelt und es bedarf nicht noch des Beweiſes, daß eine beſſere Verwahrung des Holzes auf dem umſchloſſenen Hofe oder in Holzſtällen nicht möglich, daß der Eigenthümer alſo genöthiget war, daſſelbe auf der Straße aufzuſtellen. Auch bedarf es nicht einmal des Beweiſes einer conſtanten Gewohnheit, eines beſtimmten Herkommens, ſondern nur des Beweiſes, daß die betreffenden Gegenſtände auch andere Einwohner des fraglichen Ortes, außer dem Beſtohlenen, der öffentlichen Sicherheit anvertrauen, daß ſolches öfter, oder häufig, oder in der Regel an demſelben zu geſchehen pflegt. Zum Thatbeſtand des erſchwerten Diebſtahls iſt übrigens nicht einmal eine allgemeine Ortsſitte nothwendig, ſondern es genügt, wenn das betreffende Individuum, der Beſtohlene, die Gewohnheit hatte, die fraglichen Gegenſtände aus Mangel an Raum in ſeiner Behauſung, der öffentlichen Sicherheit anzuvertrauen. Wenn daher Jemand große Gegenſtände, z. B. ſeinen Wagen, Kiſten u. dgl. aus Mangel an Raum in ſeiner Behauſung auf die Straße ſtellt und ſie hier der öffentlichen Sicherheit anvertraut, ſo iſt ein Diebſtahl hieran ein ausgezeichneter oder erſchwerter, wenn der Beſtohlene die Gewohnheit hatte, die fraglichen Gegenſtände der öffentlichen Sicherheit anzuvertrauen, wogegen in dem Falle nur ein gemeiner, nicht erſchwerter Diebſtahl angenommen werden kann, wenn er, obgleich aus obigem Grunde, ſeinen Wagen u. ſ. w. zum erſten Male auf die Straße ſtellt, und derſelbe ſofort geſtohlen wird, weil hier ſelbſt in Beziehung auf den Beſtohlenen von einem Pflegen, von einer Gewohnheit nicht die Rede ſein kann.

Als ſolche Gegenſtände, welche im Vertrauen auf die öffentliche Sicherheit nicht beſonders verwahrt zu werden pflegen, ſind in dem Strafgeſetz nur die Ackergeräthſchaften, Feld- und Gartenfrüchte ausdrücklich genannt, durch die Worte: „oder andere Gegenſtände" u. ſ. w. iſt aber zu erkennen gegeben, daß die Aufzählung nicht als erſchöpfend angeſehen wird, daß daher ein erſchwerter Diebſtahl auch an anderen Gegenſtänden, auf welche das oben angegebene Princip paßt, verübt werden kann.

Indeſſen bedürfen die einzelnen Gegenſtände, welche nach dem Obigen wegen der Schwierigkeit, ſie zu verwahren, gleichſam beſonders befriedigt ſind, doch noch einer näheren Erörterung.

Ackergeräthſchaften auf dem Felde. Wenn ſchon das Geſetz nur von dieſen Geräthſchaften ſpricht, ſo wird doch auch an anderen landwirthſchaftlichen Geräthſchaften ein erſchwerter Diebſtahl verübt. wenn ſie im Vertrauen auf die öffentliche Sicherheit nicht beſonders verwahrt zu werden pflegen, ebenſo an Ackergeräthſchaften, Pflügen, Eggen, welche nicht auf dem Felde, ſondern nach der Ortsſitte oder nach der Gewohnheit der Eigenthümer vor den Häuſern auf der Straße oder in der offenen Hofraithe ſtehen bleiben. Dagegen iſt die Entwendung von Acker- und Landbaugeräthſchaften aus den Häuſern kein erſchwerter Diebſtahl, inſofern nicht andere Vorausſetzungen des §. 385 vorhanden ſind.

Feld- und Gartenfrüchte im Freien. Unter dieſen ſind zunächſt nur die hängenden Früchte (fructus pendentes) zu verſtehen, allein es müſſen jedenfalls auch die zwar ſchon ſeparirten, aber am Orte ihrer Kultur noch befindlichen Feld- und Gartenfrüchte, das in Haufen ſtehende Heu oder Getreide, und ſogar die Früchte, welche auf dem Felde ſelbſt aufbewahrt werden, die auf dem Felde in Gruben und dergleichen aufbewahrten Kartoffeln, Rüben u. ſ. w. hierher gerechnet werden. Ob das abgefallene, insbeſondere über die Grenze gefallene Obſt hierher gerechnet werden kann, muß wohl nach den Umſtänden eines jeden Falles entſchieden werden; das Aufnehmen eines auf die Straße gefallenen Apfels kann wohl nicht beſtraft werden, wogegen allerdings das Aufleſen einer großen Menge, durch einen Windſtoß abgeworfenen Obſtes unter dieſe Kategorie ſubſummirt werden kann. Unter den Gartenfrüchten ſind die Früchte in ſolchen Gärten zu verſtehen, die nicht zu dem umſchloſſenen Raume bei einem Hauſe gehören, nicht aber die Früchte aus umſchloſſenen Hausgärten. Uebrigens iſt von dem erſchwerten Diebſtahl an Feld- und Gartenfrüchten zu unterſcheiden die Entwendung von Eßwaaren (alſo auch Obſt, Rettig u. ſ. w.) in geringem Betrage und zum unmittelbaren Genuß, ſo wie die Entwendnng von Feld- und Gartenfrüchten, die noch nicht eingebracht ſind, und deren Werth den Betrag von einem Gulden nicht überſteigt, welche nach §. 397 des Str.G.B. als Polizeifrevel, beziehungsweiſe als Feldfrevel zu beſtrafen ſind. Jede andere Entwendung von Feld- nnd Gartenfrüchten im Freien iſt ein erſchwerter Diebſtahl, gleichviel ob die Früchte zur

Zeit ihrer Entwendung schon abgesondert (separirt) sind oder noch hängen. In dieser Beziehung unterscheidet sich das neue Gesetz wesentlich von dem alten, worüber zu vergleichen ist:

Archiv für Rechtspflege IV., T. 20.

Oberhofg. Jahrb. n. F. VIII., S. 395.

Außer diesen Gegenständen gehören aber noch folgende in diese Kategorie:

Obst- und Fruchtbäume, Bäume auf und neben Chausseen oder öffentlichen Wegen, oder auf öffentlichen Plätzen, Bäume in Gartens-, so wie öffentlichen Anlagen und Reben.

Nicht alle Bäume können hierher gezählt werden, insbesondere nicht die im Walde, an welchen kein eigentlicher Diebstahl, sondern nur ein Forstfrevel verübt werden kann. §. 158 ff. des Forstgesetzes.

Oberhofg. Jahrb. n. F. VIII., S. 175.

Blos solche Bäume gehören hierher, welche zu bestimmten Zwecken gepflanzt und zugleich der öffentlichen Sicherheit anvertraut sind. Unter den Bäumen in Gärten und Gartenanlagen sind nur Bäume in solchen Gärten zu verstehen, die nicht zu dem umschlossenen Raume bei einem Hause gehören, da, wie oben gezeigt, die mit dem Hause zusammenhängenden umschlossenen Hof- und Gartenräume zu den Wohnungen gerechnet werden. Zu den Obstbäumen werden jedenfalls auch die auf Feldern und sogenannten Baumstücken gerechnet werden müssen. Dagegen gehören die gewöhnlichen Hecken und Gebüsche auf Wiesen, Triften und Feldern nicht hierher, ihre Entwendung ist blos ein gemeiner Diebstahl. Bei den Reben gilt dasselbe, was von den Bäumen in Gärten und Gartenanlagen gesagt ist; es sind nur die Reben in Weinbergen, aber nicht die in umschlossenen Hausgärten zu verstehen.

Hof- und Gartenbefriedigungen. Dieselben sollen zum Schutze von Hof und Garten dienen, und können daher nicht selbst wieder besonders verwahrt, sondern müssen ihrer Natur nach der öffentlichen Sicherheit anvertraut werden. Worin dieselben bestehen, ob in lebendigen Hecken, Zäunen, Stacketen oder Planken oder selbst in Mauern, die aus blosen, ohne Bindemittel aufeinander gelegten und daher leicht fortzutragenden Steinen gemacht sind, ist einerlei, ebenso ob der Diebstahl an diesen Einfriedigungen selbst oder an den Thüren derselben begangen worden ist.

Ueber den hierher gehörigen Diebstahl an Holz ist folgendes zu bemerken: Der §. 172 des Forstgesetzes setzt fest, daß Entwendungen von verarbeitetem, zugerichtetem oder zum Transporte zubereitetem Holze, an gesammelten oder gewonnenen Forstnebenproducten, wenn dieses Verarbeiten, Zurichten, Sammeln oder Gewinnen nicht vom Frevler selbst oder dessen Mitschuldigen herrührt, als gemeine, dem Urtheile des Forstgerichts nicht unterliegende Diebstähle betrachtet werden. Alle anderen Entwendungen von Holz oder Forstnebenprodukten sind als blose Forstfrevel zu bestrafen. Aber auch unter der Voraussetzung des §. 172 des Forstgesetzes ist nach Art. 10 des Gesetzes vom 6. März 1845, Reggsbl. No. 6, wenn der Werth des Entwendeten die Summe von einem Gulden nicht übersteigt, das Forstgericht nach den Umständen (namentlich wenn nur Abholz, Wellen, Reisig oder gesammelte Forstnebenprodukte entwendet worden sind) berechtiget, die That als einfachen Forstfrevel zu bestrafen. (Ueber die Auslegung dieser Vorschrift vrgl.

Annalen XIV. S. 337, XV. S. 13, 150.

Das Strafgesetzbuch enthält hierüber keine Vorschrift, es sind daher die erwähnten Bestimmungen auch jetzt noch anwendbar, zumal durch §. 5 des Gesetzes vom 5. Feb. d. J. (Rggsbl. No. 9) das Forstgesetz und das Gesetz vom 6. März 1845 nicht aufgehoben worden sind. Insofern also hiernach ein wirklicher Holzdiebstahl vorliegt, fragt es sich, wenn der Diebstahl als ein erschwerter zu betrachten ist? Diese Frage muß zufolge des in §. 385 Abs. 6 ausgesprochenen Princips dahin beantwortet werden, daß es ein erschwerter Diebstahl ist, wenn das entwendete Holz im Vertrauen auf die öffentliche Sicherheit nicht besonders verwahrt zu werden pflegte. Es ist daher ein erschwerter Diebstahl, wenn das Holz aus den Waldungen, aus herrschaftlichen Holzgärten, von Holzplätzen, aus offenen Holzschöpfen der Salinen, der Ziegelhütten und der Brauereien u. s. w. entwendet wird. Ebenso ist es ein Erschwerungsgrund, wenn nach der allgemeinen Ortssitte oder nach der Gewohnheit des Eigenthümers aufgeklaftertes Holz in freien Hofräumen oder in offenen Hofraithen vor den Häusern aufbewahrt und hievon entwendet wird. Dagegen ist es kein erschwerter Diebstahl, wenn der Eigenthümer das herbeigeführte Holz das erstemal vor dem Hause hat liegen lassen und sofort davon gestohlen wird, ebenso wenn einzelne Scheiter, die zufällig im Freien liegen geblieben sind, entwendet werden. Auf der anderen Seite ist aber die Entwendung von

Sägklötzen, die gewöhnlich vor der Sägmühle liegen, wieder ein erschwerter Diebstahl.

Ferner gehören in diese Kategorie die Entwendungen von Bienenstöcken, welche in offenen Bienenständen aufbewahrt werden, von Pferchkarren auf dem Felde, die Diebstähle an den zur Herstellung und Ausbesserung der Chausseen herbeigeführten Steinen und Kies, die Diebstähle an öffentlichen Brunnen, Brücken, Schranken und dergl., die Entwendungen von Schiffen und Nachen in Seen und Flüssen u. s. w. Bleichstücke gehören nur dann hierher, wenn sie auf einer offenen Bleiche, nicht aber, wenn sie in einem verschlossenen Bleichgarten liegen.

Von der Entwendung der Gegenstände von den Gräbern ist schon oben gesprochen worden.

Hufnagel a. a. O. S. 380 ff.
Häberlin a. a. O. S. 32 ff.

Ebenso ist

7) der Diebstahl an Vieh auf der Weide, im Pferch oder im Stalle ein erschwerter.

Als Viehdiebstahl ist nicht nur der Diebstahl von Pferden, Ochsen, Schweinen Schaafen, Geisen anzusehen, sondern auch der Diebstahl von Geflügel, welches vom Landmann gewöhnlich gehalten wird, z. B. Gänse, Enten, Hühner und Tauben u. s. w.

Oberhofg. Jahrb. von 1824 S. 301, von 1831/32 S. 190, 191.

Befindet sich das Geflügel zur Zeit der Entwendung nicht auf der Weide, sondern sonst im Freien, so ist der Diebstahl nach §. 385 Abs. 6 ein erschwerter, wenn das Geflügel, wie dies auf dem Lande meistens der Fall ist, im Orte gewöhnlich frei herumzugehen pflegt.

Zu dem Vieh wird auch das Wild in einem eingezäumten Park oder Wildgarten gerechnet. §. 655 des Str.G.B.

Ein erschwerter Diebstahl ist weiter vorhanden

8) wenn der Dieb zur Verübung der That zur Nachtzeit in ein fremdes bewohntes Gebäude oder den dazu gehörigen geschlossenen Hofraum eingeschlichen oder eingedrungen ist oder

9) wenn der Dieb sich zur Verübung eines nächtlichen Diebstahls in einem fremden bewohnten Gebäude oder dem dazu gehörigen geschlossenen Hofraum verborgen hatte.

Dieser Diebstahl ist wegen der besonderen Geflissenheit ausgezeichnet, welche der Dieb durch die, jede Entdeckung soviel als möglich verhütende, also die ungestörte Ausführung des Diebstahls erleichternde Wahl der Art und der Zeit der Begehung des Diebstahls zeigt, es ist die besondere Heimlichkeit der That, welche dieselbe für das Eigenthum so gefährlich und den Schutz dagegen so schwierig macht. Diese Geflissenheit liegt nun theils in dem Einschleichen, Eindringen oder sich Verbergen, theils in der Ausübung des Diebstahls zur Nachtzeit, wo wegen der nächtlichen Ruhe der Hausbewohner der Dieb keine Störung zu befürchten hat. Unter Einschleichen ist ein heimliches, unbemerktes Eingehen durch den gewöhnlichen Eingang des Hauses oder Hofes, und unter Eindringen ein heimliches, unbemerktes Eingehen auf ungewöhnlichem Wege, jedoch ohne die Voraussetzungen des §. 381 Abs. 2, §. 385 Abs. 11 zu verstehen. Da das Einschleichen und Eindringen unbemerkt von den Hausbewohnern geschehen muß, so folgt, daß es nicht als Einschleichen oder Eindringen gilt, wenn der Dieb von einer Person im Hause eingelassen wird, es müßte denn sein, daß diese Person Mitschuldiger wäre und das Einlassen des Diebes in der Absicht, ihm die Gelegenheit zum Diebstahle zu verschaffen, in der Art heimlich geschehen wäre, daß es dennoch als Einschleichen oder Eindringen betrachtet werden kann. Es steht dem Einschleichen gleich, wenn der Dieb sich einschließen läßt, oder in dem Gebäude verborgen hält, um den günstigsten Zeitpunkt zur Ausführung des Diebstahls abzuwarten; hiebei ist es also nicht gerade nöthig, daß er eingeschlichen ist, er kann auch ganz offen eingetreten sein, muß aber dann, den Hausbewohnern unbemerkt, sich verborgen haben oder haben einschließen lassen; namentlich gehört hierher das so häufig vorkommende Verbergen des Diebes unter einem Bette. Ob das Einschleichen oder Eindringen oder Einschließenlassen oder Verbergen bereits bei Tage, oder erst in der Nacht erfolgte, ist in Beziehung auf den Thatbestand dieser Gattung von Diebstählen einerlei, obgleich allerdings in der Regel das Erstere der Fall sein wird, da wegen der fast überall herrschenden Sitte, zur Nachtzeit Haus und Hof zu verschließen, während dieser ein einfaches Einschleichen oder Eindringen nur selten vorkommen dürfte. Dagegen ist die nächtliche Ausübung des Diebstahls oder wenigstens die Absicht einer solchen zum Thatbestande des vorliegenden Diebstahls erforderlich, d. h. der Dieb mußte in der Absicht, einen nächtlichen Diebstahl zu verüben, sich eingeschlichen haben, oder eingedrungen sein, oder sich haben einschließen lassen, oder sich verborgen haben. Wenn

daher Jemand in anderer Absicht, sei es bei Tage sei es bei Nacht, in ein Haus schleicht oder eindringt oder sich in demselben verbirgt, und nunmehr die ihm sich darbietende Gelegenheit zum Diebstahl benutzt, so ist das kein erschwerter, sondern ein gemeiner Diebstahl. Aus diesem Erfordernisse, verbunden mit dem kurz vorher über die Zeit des Einschleichens oder Einsteigens Erwähnten folgt nun zwar allerdings, daß zwischen diesem und der Verübung des Diebstahls in der Regel eine kürzere oder längere Zeit verfließen wird, während welcher sich der Dieb, auf den günstigen Zeitpunkt wartend, verborgen halten muß; allein ein solches Auseinanderliegen der beiden Handlungen ist zum Begriffe des Diebstahls mittelst Einschleichens oder Eindringens nicht nothwendig, sondern es muß gleichfalls ein erschwerter Diebstahl der vorliegenden Art angenommen werden, wenn der Dieb sich zur Nachtzeit in ein fremdes Wohngebäude eingeschlichen hat, oder eingedrungen ist, den Diebstahl sofort vollbracht und sich dann wieder fortbegeben hat. Unter Nachtzeit ist nicht die Zeit der nächtlichen Dämmerung, sondern die Zeit der gewöhnlichen nächtlichen Ruhe zu verstehen. Diese gewöhlsche Bedeutung der Nachtzeit muß der gesetzlichen Bestimmung umsomehr zu Grund gelegt werden, als durch dieselbe eine Erschwerung, also eine Ausnahme von der Regel begründet wird, welche streng zu interpretiren und wenn nicht das Gesetz selbst etwas Anderes bestimmt, in der gewöhnlichen Bedeutung des Wortes zu nehmen ist. Für die Richtigkeit dieser Ansicht spricht endlich auch noch die Natur der Sache, die Zeit der nächtlichen Ruhe ist nämlich die Zeit, in welcher der Einzelne eben wegen der Nachtruhe nicht selbst schützen kann, in welcher er es vielmehr der öffentlichen Sicherheit anvertrauen muß, in welcher er daher auch auf einen ganz besonderen Schutz des Staates Anspruch hat. Freilich schließt die Erklärung des Ausdrucks „nächtlich" und „Nachtzeit" durch die Zeit der nächtlichen Ruhe keineswegs alle Schwierigkeiten, alles Schwanken in der Praxis aus, indem die Zeit der nächtlichen Ruhe keine bestimmte Grenzen hat; allein ein vernünftiger Richter wird hier, mit Berücksichtigung des Ortgebrauchs, das Rechte wohl nicht leicht verfehlen. Da zum Thatbestande der vorliegenden Gattung von Diebstählen die Absicht, den Diebstahl bei Nacht auszuführen, erforderlich ist, so folgt, daß weder der Fall, wenn der Dieb zwar in dieser Absicht bei Tage in eine Wohnung einschleicht, allein sogleich noch bei Tage den Diebstahl verübt und sich vor Einbruch der Nacht wieder fortbegibt, noch auch der, wenn er bei Nacht in ein Haus einschleicht oder eindringt, um bei Tage zu stehlen, hierher gehört, in beiden Fällen liegt kein erschwerter Diebstahl vor. Zum Thatbestand des vorliegen Diebstahls gehört endlich noch, daß der Dieb sich in eine fremde Wohnung oder den dazu gehörigen Hofraum eingeschlichen hat, oder eingedrungen ist oder sich verborgen hat; ein Einschleichen oder Eindringen in unbewohnte Räume, z. B. in alleinstehende Magazine, Scheunen und drgl., sowie ein Verbergen in solchen Räumen qualificirt daher den Diebstahl nicht.

Häberlin a. a. O. S. 81, 87 ff.

Ein erschwerter Diebstahl wird verübt

10) durch die Entwendung von aufgestellten Feldhütern, Waldhütern oder anderen Wächtern an Sachen, die zu den ihnen zur Hut oder Bewachung anvertrauten Gegenständen gehören.

Nach §. 87 des Strafedictes wurde ein qualificirter Diebstahl verübt nicht nur von Wächtern, Nachthütern und Feldschützen, sondern auch von Boten an den ihnen anvertrauten beweglichen Sachen. Anders verhält sich aber die Sache nach dem Strafgesetzbuch, denn der §. 385 Abs. 10 spricht nur von Feldhütern, Waldhütern und anderen Wächtern, nicht aber von den öffentlich aufgestellten Boten. Von diesen wird erst in §. 404 Abs. 2, §. 702 gesprochen, wornach die von einem öffentlichen Boten verübte rechtswidrige Zueignung einer ihm anvertrauten Sache blos als eine Unterschlagung zu bestrafen ist, wobei jedoch die Eigenschaft als Bote einen Erschwerungsgrund bildet.

Annalen XV., S. 46 ff.

Hiedurch ist der durch die nachgewiesene frühere Vermengung von Diebstahl und Unterschlagung leicht herbeigeführten Begriffsverwirrung für die Zukunft vorgebeugt. Und es ist also hiernach das Anvertrauen zur Hut und zur Bewachung von dem Anvertrauen in die Hand und zur Verwahrung wohl zu unterscheiden. Nur im ersten Falle ist Diebstahl vorhanden, dagegen im zweiten Falle Unterschlagung.

Zu den Wächtern werden auch die Todtengräber

Annalen X., S. 299

und die ständig aufgestellten Nachtwächter zu rechnen sein, nicht aber die Ortsbürger, welche nach bestehenden Verordnungen vorübergehend zur Nachtwache berufen sind.

Annalen XIV., S. 89.

Ein erschwerter Diebstahl ist vorhanden

11) wenn er verübt wird mittelst Einbrechens oder Einsteigens, ohne daß alle Voraussetzungen des §. 381 Abs. 2 vorhanden sind.

Dieser Erschwerungsgrund hat schon oben (§. 5) in der Lehre vom gefährlichen Diebstahl seine Erläuterung gefunden.

Ebenso ist der Diebstahl ein erschwerter

12) wenn er verübt wird mittelst gewaltsamer Erbrechung von Schränken, Kisten oder anderen Behältnissen.

Auch hierüber wurde oben (§. 5) Einiges bemerkt.

Unter Erbrechen ist übrigens ein gewaltsames Trennen oder Verletzen der Theile eines Behältnisses zu verstehen, es ist daher ein gemeiner Diebstahl, wenn ein Behältniß blos mit der Hand ohne erhebliche Gewalt aufgerissen wird. Von welcher Art sonst die Gewalt ist, ist einerlei; ebenso ist es gleichgültig, ob die Schränke, Kisten, Kasten und drgl. Behältnisse sich im Inneren eines Hauses oder im Freien befinden, da es jedenfalls auch als Erschwerungsgrund gelten muß, wenn eine im Freien, z. B. auf einem Jahrmarkte oder einer Messe auf der Straße stehende Kiste erbrochen und bestohlen wird. Das Erbrechen muß vor der Entwendung, zum Zwecke der Verübung derselben geschehen sein. Es ist daher kein Erschwerungsgrund, wenn das Behältniß, welches die zu entwendende Sache enthält, z. B. ein Koffer, eine Kassette unerbrochen entwendet und erst nachher erbrochen worden ist; der Diebstahl ist hier ein gemeiner, das später erfolgte Erbrechen des gestohlenen Koffers und drgl. steht mit der Vollendung des Diebstahls in keinem weiteren Zusammenhange. Ist aber das Behältniß vor der Entwendung und zum Zwecke der Verübung erbrochen worden, so macht es in Ansehung des Thatbestandes keinen Unterschied, ob das erbrochene Behältniß, z. B. Koffer, Geldkiste, Schatulle ohne große Schwierigkeiten unerbrochen hätte fortgetragen werden können oder nicht.

Hufnagel a. a. O. S. 349 ff.

Häberlin a. a. O. S. 75 ff.

Ein erschwerter Diebstahl wird begangen

13) mittelst Eröffnung von Schlössern durch Diebsschlüssel (Dietriche, Sperrhacken, nachgemachte oder Hauptschlüssel).

Bei dem vorliegenden Diebstahl wird zunächst vorausgesetzt, daß er durch Eröffnen von verschlossenen Thüren oder Behältnissen verübt worden sei, so daß als wichtige Bedingung des Thatbestandes, ohne welche von dieser Art des Diebstahls überhaupt nicht die Rede sein kann, das Factum festzustellen ist, daß die fraglichen Thüren oder Behältnisse, durch deren Oeffnung es den Dieben möglich wurde, den Diebstahl auszuführen, in der That verschlossen waren, in der gewöhnlichen Bedeutung dieses Wortes; waren die Thüren offen, d. h. nicht zugeschlossen, so ist der Diebstahl, selbst wenn der Dieb Diebesinstrumente bei sich gehabt haben sollte, ohne weitere Qualificationen, ein gemeiner. Ob die vom Diebe geöffnete, verschlossen gewesene Thür die Hausthür oder die zu einem verschlossenen Hofraume führende Thür, oder die Thür eines Zimmers innerhalb eines Wohngebäudes, oder aber die Thür eines Schrankes oder Secretärs, oder die Schublade einer Kommode, der Deckel einer Kiste oder irgend ein anderes ähnliches, mit einem Schlosse versehenes Verschlußmittel eines Behältnisses ist, das ist einerlei.

Das charaktristische Merkmal dieser Gattung von Diebstählen liegt nun aber in den Mitteln, welche der Dieb zur Oeffnung der gedachten verschlossenen Thüren anwendet, diese bestehen zunächst in falschen Schlüsseln. Es fragt sich daher, was unter falschen Schlüsseln zu verstehen sei. In unserem Strafgesetzbuch findet sich der Ausdruck „Diebsschlüssel", welcher Ausdruck erläutert ist durch Dieteriche, Sperrhacken, nachgemachte oder Hauptschlüssel. Demnach ist soviel gewiß, daß alle möglichen Instrumente, seien es wirkliche, nach Wachsabdrücken oder sonst angefertigte Schlüssel, seien es Instrumente anderer Art als Dieteriche, Hacken und drgl., welche der Dieb sich absichtlich gemacht oder angeschafft hat oder hat machen lassen, um ein fremdes Schloß damit zu öffnen, unbedenklich unter den Begriff der erwähnten Dietriche, Diebsinstrumente, falschen Schlüssel u. s. w. fallen. Dagegen ist es zweifelhaft, ob rechte Schlüssel, die jedoch nicht für das damit geöffnete Schloß bestimmt sind, auch zu den falschen Schlüsseln, Diebsinstrumenten gerechnet werden können. Schlüssel nämlich, welche dem Diebe angehören und zu irgend einem demselben gleichfalls gehörigen Schlosse bestimmt, welche also im Verhältnisse zu diesem Schlosse ächte Schlüssel sind und ebenso dem Bestohlenen angehörige Schlüssel, welche aber nicht zu dem damit geöffneten Schlosse bestimmt sind, können weder zu den Dietrichen noch auch zu den Nach- und Hauptschlüsseln gezählt werden; eher schon würden sie sich unter den Begriff der Diebesinstru-

mente und Diebsschlüssel subsumiren lassen, wenn nicht das Strafgesetzbuch durch seine Erklärung der Diebsschlüssel dieselben wenigstens von diesen ausgeschlossen hätte; denn die Worte: Dietriche, Sperrhacken, nachgemachte und Hauptschlüssel haben alle eine ganz bestimmte technische Bedeutung und passen nicht auf die fraglichen Schlüssel. Nimmt man nun aber den Grund der Auszeichnung dieser Diebstähle, die besondere Geflissenheit und Gefährlichkeit des Thäters hinzu und sucht mit Rücksicht auf diesen die obige Frage zu beantworten, dann scheint dieselbe allerdings im Allgemeinen wenigstens bejaht werden zu müssen. Denn welcher Unterschied ist wohl zwischen demjenigen, welcher weiß, daß ein von ihm besessener Schlüssel ein Schloß in der Wohnung des von ihm zu Bestehlenden, z. B das Thürschloß oder das Schloß von dessen Schreibtisch öffnet und nun in der Absicht, dieses Schloß damit zu öffnen, jenen Schlüssel zur Verübung des Diebstahls mitnimmt und demjenigen, welcher zu gleichem Zwecke einen gleichfalls in seinem Besitze befindlichen Hauptschlüssel oder einen Dietrich oder irgend ein anderes Instrument zu sich steckt? Der Umstand, daß die letzteren vielleicht auch noch andere Schlösser schließen, daß dieselben also gefährlicher seien, als ein zu einem bestimmten Schlosse gehöriger, allein auch andere, ganz gleiche, sogenannte Commis- oder Fabrikschlösser schließender Schlüssel, ist ganz unerheblich, da es hier nur auf das Faktum ankommt, daß ein bestimmtes Schloß so gut mit diesem als mit jenem geöffnet werden konnte und geöffnet worden ist; beide Fälle stehen unbedingt in der Strafbarkeit gleich, da auch der böse Wille, insbesondere die Bestimmtheit und Stärke desselben in beiden der gleiche ist. Etwas anderes ist es jedoch, wenn Jemand einen Diebstahl begehen will und während er nach Sachen sucht, einen Schlüssel findet, mit dem er irgend ein Behältniß, einen Schrank u. dgl. öffnet, während der Schlüssel nicht zu diesem, sondern zu einem anderen Schranke gehörte, also in Beziehung auf den damit geöffneten ein unrechter oder falscher Schlüssel war. Dieser Fall kann zu dem vorliegenden ausgezeichneten Diebstahle nicht gerechnet werden, weil hier nicht die Gefährlichkeit und Geflissenheit vorhanden ist, als wenn der Dieb absichtlich falsche Schlüssel oder Dietriche zur That mitbringt und der Fall in der Strafbarkeit gar nicht von demjenigen verschieden ist, wenn er bei diesen Sachen den rechten Schlüssel gefunden und damit das fragliche Behältniß geöffnet hätte. Aus den erwähnten Beispielen erhellt, daß bei der Unbestimmtheit der gesetzlichen Vorschriften die obige Frage auf eine für alle Fälle passende Weise sich gar nicht entscheiden läßt.

Häberlin a. a. O. S. 63 ff.

Ein erschwerter Diebstahl wird verübt

14) mittelst Anwendung von Gewalt, oder Drohungen gegen Personen, ohne daß die That hiedurch in das Verbrechen des Raubes (§. 410, 411) übergeht, d. h. ohne daß die Gewalt oder die Drohungen von dem zum Begriffe des Raubs erforderlichen Umfang sind, daß in ihnen eine wahre Nöthigung der Person oder Erpressung der Sache liegt. (Commissionsbericht von Bohm.) Dieser Erschwerungsgrund wird später in der Lehre von dem Raub näher erörtert werden.

Vrgl. Oberhofg. Jahrb. v. 1824 S. 314, v. 1825 S. 93 ff.

Endlich ist ein erschwerter Diebstahl vorhanden

15) wenn er verübt wird auf einer Messe, einem Jahr- oder Wochenmarkt an öffentlich zum Verkauf ausgesetzten Sachen.

Diese Worte sind hinlänglich klar, um daraus mit Bestimmtheit ersehen zu können, was unter den Marktdiebstählen zu verstehen ist; es sind darunter nicht Diebstähle zu verstehen, welche zur Zeit einer Messe oder eines Marktes in Häusern begangen werden, wenn nicht die Häuser am Markte belegen und in denselben Waarenlager öffentlich ausgestellt sind, denn unter diesen Voraussetzungen gehört ein in dem fraglichen Waarenlager verübter Diebstahl allerdings zu den Marktdiebstählen, da bei solchen die ratio legis vollkommen zutrifft. Unter Marktdiebstählen versteht man im Gegentheil Diebstähle, die auf Messen oder Märkten an öffentlich zum Verkaufe ausgestellten Waaren verübt werden, nicht aber auch die Taschendiebstähle, welche auf Messen oder Märkten oder sonst im Gedränge einer versammelten Menge verübt werden.

Häberlin a. a. O. S. 44.

Beim Dasein eines oder mehrerer der soeben in diesem Paragraphen (§. 385 des Str G.B.) bezeichneten Erschwerungsgründe wird die Strafe des gemeinen Diebstahls, die außerdem eintreten würde, durch einen Zusatz erhöht, welcher jedoch in den Fällen No. 1, 3, 4, 5 und 14 niemals zwölf Monate und in den übrigen Fällen niemals sechs Monate, der sonst verschuldeten Strafart übersteigen darf. §. 386. Bei Ausmessung der Strafe des gefährlichen Diebstahls bilden aber diese Er-

schwerungen blos Gründe der Straferhöhung innerhalb der gesetzlichen Grenzen. §. 387. Auch ist bei den wegen erschwerender Umstände eintretenden Straferhöhungen die Regel des §. 478 nicht anwendbar, sondern es werden die wegen des Daseins von erschwerenden Umständen zu erkennenden Straferhöhungen mit Beobachtung der Vorschriften der §§. 170—179 bemessen. Endlich hat das Dasein von erschwerenden Umständen der oben bezeichneten Art die Wirkung, daß der Diebstahl immerhin ein gerichtlich strafbarer ist, selbst wenn der Werth des Gegenstandes einen Gulden nicht übersteigt. §. 477 des Str.-G.B.

Haager.

(Fortsetzung folgt.)

II.

Berichtigung.

Für diejenigen Leser der Annalen, welche meine „Anleitung für Geschworne“ zu lesen sich die Mühe nehmen, stehe hier die Berichtigung, daß im vorletzten Absatz auf S. 21 das Wörtchen **nicht** zu streichen ist. Ich füge zugleich zur Verhütung von Mißverständnissen bei, daß unter dem „Zurückziehen“ nicht das Sichentfernen von der Assise zu verstehen ist. Denn bei jedem folgenden Fall wiederholt sich dieselbe Operation, die Namen aller (30—36) Geschwornen werden wieder zur Vornahme der Rekusation in die Urne gelegt und nur die bis zum letzten Fall anwesend Gebliebenen sind ihren Pflichten im Sinne des §. 64 No. 7 nachgekommen.

Dr. Zentner.

III.

Anzeige.

Die neue Strafgesetzgebung des Großherzogthums Baden.

Unter diesem Titel ist kürzlich nach dem Format der **Maklot**'schen Zusammenstellung von 1845 im Verlage von **J. Bensheimer** zu Mannheim eine Taschenausgabe erschienen, welche 1) das Strafgesetzbuch, 2) das Gesetz über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen, 3) die Strafprozeßordnung, 4) das Gesetz über die Einführung des Strafgesetzbuchs, des neuen Strafverfahrens, der Schwurgerichte nebst der Vollzugsverordnung über die Bildung der Geschwornenliste, 5) das Preßgesetz nebst Vollzugsverordnung, 6) das Gesetz über den Strafvollzug im neuen Männerzuchthause zu Bruchsal und 7) das Gesetz über das Vereins- und Versammlungsrecht enthält.

Als absolet sind hinweggelassen das Einführungsedikt und die Gerichtsverfassung von 1845.

Wie die Maklot'sche Ausgabe eine anerkannt brauchbare war, so ist es nicht minder die Bensheimer'sche, welche daher ohne Zweifel überall geneigte Aufnahme finden wird.

D. R.

IV.

Der Schuldner trägt die Kosten der Eintragung eines richterlichen Unterpfandsrechtes.

So entschied das Gr. Hofgericht des Unterrheinkreises III. Sen. am 4. April 1846 J. S. Bauer gegen Bauer, während ein Untergericht dieses Gerichtsbezirks durch Bescheid vom 6. Februar 1851 die Einsprache eines Schuldners nachdem dieser den Gläubiger gegen sieben Monate mit der Zahlung hingehalten hatte, gegen das Kostenerkenntniß, wodurch er zum Ersatz der Kosten für Eintragung des richterlichen Pfandrechtes angehalten worden war, für begründet hielt:

„In Erwägung, daß die Kosten für Erwirkung eines Pfandeintrags sich zum Ersatz nicht eignen!

Diese letztere Entscheidung läßt sich Angesichts des L.R.S. 2155 nicht rechtfertigen, der mit dürren Worten das Gegentheil für Gesetz erklärt.

Fy.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath **Bayer**. Verlag von **J. Bensheimer** in Mannheim. Druck von **C. Schmelzer** in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. **No. 25.** **Mannheim, 21. Juni 1851.**

I.

Ueber Untheilbarkeit von Häusern und Grundstücken.

Christian Schüßler verkaufte an Johann Hettinger den obern Stock seines in einer Stadt gelegenen Hauses, während er den unteren für sich behielt. Der Gemeinderath gewährte den Kauf, das Amtsrevisorat verweigerte aber die Ausfertigung des Kaufsbriefes, indem es unter Berufung auf §. 4 des Gesetzes vom 23. März 1808, Regs.-Bl. S. 93 behauptete, daß in solcher Art ein Haus nicht getheilt oder theilweise verkauft werden könne. Die Vertragsschließer wendeten sich beschwerend an das Amt, und führten aus, daß das Gesetz, auf welches das Amtsrevisorat seine Weigerung gründe, nur bei Erbtheilungen Anwendung finde, wie schon aus dessen Ueberschrift hervorgehe, nur für solche gegeben, also ein singuläres sei, welches nach bekannter Auslegungsregel nicht ausdehnend ausgelegt und angewendet werden darf, daß es also auf Käufe nicht passe. Hier sei nur der L.R.S. 1598 entscheidend, und nach diesem dürfe Alles verkauft werden, was nicht dem Verkehr entzogen sei, auch wäre nur der Civilrichter, nicht aber die Staatsverwaltungsbehörde befugt, einen Kauf für ungültig zu erklären. Es wurde gebeten, das Amtsrevisorat zur Ausfertigung des Kaufbriefes anzuhalten.

Das Amt entschied nicht selbst, weil das Amtsrevisorat behauptete, es stehe nur unter der Kreisregierung, pflichtete aber in seinem Vorlagebericht der Ansicht der Beschwerdeführer bei.

Die Gr. Regierung des Unterrheinkreises erwiderte jedoch unterm 2. Mai d. J. dem Amt Folgendes:

„Die landesherrliche Verordnung vom 23. März 1808, Regs.-Bl. No. 11 beschränkt das Verbot der Theilung gewisser Güter und Gebäude nicht blos auf Erbtheilungen, sondern dehnt dasselbe auf alle Rechtsgeschäfte aus, durch welche unzulässige Zerstückelungen und Abtrennungen bewirkt werden sollen.

„Dieses Gesetz erklärt allgemein stadtwirthschaftliche Gebäude, wenn sie nicht der Höhe, sondern der Quere nach getheilt werden sollen, für untheilbar. Es folgt daraus, daß sie durch kein Rechtsgeschäft — sei es nun durch Erbtheilung, Kauf oder der Tausch — getheilt werden können. Das Gesetz ist somit kein singuläres, auf blose Erbtheilungen beschränktes, sondern auf alle Fälle anwendbar, wodurch solche Immobilienzerstückelungen vorgenommen werden wollen.

„Aus der Ueberschrift des Gesetzes kann nichts Erhebliches abgeleitet werden, weil solche nicht zum entscheidenden Inhalt desselben gehört.

„Daß nicht blos derartige Erbtheilungen, sondern auch solche Veräußerungen verboten werden wollten, beweist schon die frühere Gesetzgebung, namentlich in den badenbadenschen, baden-durlachischen und den churpfälzischen Landestheilen (s. das Rastatter Wochenblatt von 1771 No. 8, die Verordnungen im alphabetischen Auszug der marg. badenschen Gesetzgebung S. V. „Theilung der Güter" und „Blätter für Justiz und Verwaltung" I. 471 ff.), das Gesetz vom 23. März 1808 enthält nur eine theilweise Wiederholung und Ergänzung und wurde für alle Landestheile verbindlich.

„Diese, der Staats u. Landwirthschaftspolizei entflossenen Verordnungen haben aber im Hinblick auf die Einführungsedicte, sodann auf L.R.S. 649—652 und insbesondere 827 b. noch volle Geltung.

„Es ist nicht blos Pflicht des Civilrichters, sie zur Anwendung zu bringen, sondern ganz vorzugsweise Obliegenheit der Gemeinde- und Staatsverwaltungsbehörden, darüber zu wachen, daß solche unzulässige Veräußerungen,

beziehungsweise Abtrennungen nicht zur Wirksamkeit gelangen.

„Es war deßhalb auch das Gr. Bezirksamt competent, in dieser Sache eine Entscheidung zu geben, weil es sich vor allem um einen Ausspruch darüber handelte, ob der fragliche Verkauf aus Gründen des öffentlichen Rechts von der Staatspolizeibehörde zu untersagen sei oder nicht.

„Die vom Gr. Amtsrevisorat befolgte Ansicht wird demnach als richtig anerkannt, und es kann der Beschwerde des Christian Schüßler und Johann Hettinger keine Folge gegeben werden; vielmehr ist der Gemeinderath anzuweisen, den Eintrag im Contractenbuch und die ertheilte Gewährung wieder zu streichen.

„Dabei beauftragt man das Gr. Bezirksamt, die Gemeinderäthe seines Bezirks zur strengen Beobachtung des Gesetzes vom 23. März 1808 in dem oben angegebenen Sinne anzuweisen, und sich selbst darnach zu achten.“

Die Gr. Regierung des U.Rh.K. legt hiernach das erwähnte Gesetz vom 23. März 1808 nicht so aus, daß es blos bei Erbtheilungen Anwendung finde, sondern in dem Sinne, daß es überall Platz greife, wo durch Eigenthumsübertragungen unzuläßige Zerstückelungen vor sich gehen sollen. Und dies wohl mit Recht.

Das Gesetz will allerdings vorzugsweise nur Vorschriften darüber geben, wie es gehalten werden soll, wenn ein Miterbe an untheilbaren Liegenschaften ein Vorzugs- oder Vortheilsrecht in Anspruch nimmt; allein daraus folgt nicht, daß diese Liegenschaften nur untheilbar sein sollen, wenn sie unter Erben vertheilt werden wollen, und nicht auch alsdann, wenn der einzelne Eigenthümer sie theilweise verkaufen und so theilen will.

Das fragliche Gesetz erklärt in den §§. 2, 3 und 4 allgemein, daß gewisse Liegenschaften, und in welcher Weise sie untheilbar seien, daraus folgt eben, daß sie in der verbotenen Weise nicht getheilt werden können, möge nun diese Theilung durch einen Kauf, Tausch oder durch Erbtheilung u. s. w. veranlaßt werden wollen. Daß das Gesetz in den folgenden §§. weitere Vorschriften für die Fälle gibt, wo ein Vortheilsrecht geltend gemacht wird, hebt die Eigenschaft der Untheilbarkeit solcher Liegenschaften für andere Veräußerungsfälle nicht auf.

So ist auch die ältere Gesetzgebung immer verstanden worden; die baden-durlachische Verordnung von 17. Mai 1760 (Karlsr. Wochenblatt von 1760 No. 26) gebraucht die Worte: „es soll kein Acker oder Garten in kleinere Theile als Viertel zergliedert werden“ u. s. w., damit hat man gewiß auch den Verkauf rc. gemeint. Die baden-badensche Verordnung vom 8. Januar 1771 sagt sogar ausdrücklich: ..... „auch soll Verkaufung und Vertauschung geringerer Stücke nicht zugelassen werden.“ Ebenso spricht sich eine hochfürstlich speyersche Verordnung vom 19. Mai 1753 aus (s. Sammlung der hochfürstlich speyerschen Gesetze und Verordnungen, Bruchsal 1788 IV. 153, Rot.-Blatt von 1848 S. 60) Eine ausführlichere und gute Abhandlung über die gesetzliche Schranken der Güter-Parzellirung findet sich in den Blättern für Justiz und Verwaltung I. Jahrgang S. 471 ff. und verdient gelesen und beherzigt zu werden, denn wie weit es mit der Güterzerstückelung durch Nichtbeachtung der bestehenden Vorschriften bereits gekommen, beweisen oft Pfandverschreibungen, insbesondere aus dem ehemaligen Main- und Tauberkreise, wo manchmal für ein geringes Kapital eine Menge von Güterstückchen eingesetzt werden, die nur 2, 3 und 4 Ruthen groß sind.

Die Verarmung muß die unausbleibliche Folge solcher schrankenlosen Zersplitterung sein; sie ist auch leider bereits zur Thatsache geworden.

Bohn.

II.

Haftbarkeit des Unternehmers einer Eilfuhre für die ihm zur Beförderung anvertrauten Gegenstände.

(Vergl. Annalen 1851 S. 4 u. 36.)

Das Gr. Oberhofgericht hat in der jüngsten Zeit wieder Gelegenheit gehabt, diejenigen Grundsätze, auf welchen die S. 4—6 der Annalen dieses Jahrgangs mitgetheilte Entscheidung beruht, einer neuen Prüfung zu unterwerfen, insbesondere auch die S. 36—38 erhobenen Bedenken dabei in Betracht zu ziehen; dieses konnte um so unbefangener geschehen, als diesmal der zweite Senat berufen war, seine Meinung auszusprechen, während die früher mitgetheilte Entscheidung vom ersten Senat ausgegangen war. Den Anlaß gab folgender Rechtsfall:

Mehrere Mannheimer Spediteure haben zu der Zeit, da die badische Eisenbahn erst bis Offenburg vollendet war, in letzterer Stadt ein Etablissement unter dem Namen „Mannheimer Speditionsverein“ begründet, welcher

eine regelmäßige Eilfuhre zwischen Zürich und Offenburg in der Art einrichtete, daß jeden Dienstag und Freitag ein Wagen von der Kaufhausbestäterei in Zürich abgehen und Güter für Mannheim, Mainz, Frankfurt, Coblenz u. s. w. mitnehmen sollte. Wer diese Gelegenheit benutzen wollte, hatte nur bei der Kaufhausbestäterei in Zürich die Anzeige zu machen; diese ließ die Güter im Magazin des Versenders abholen und sorgte für die Verladung. Das Handlungshaus Possard Vater und Sohn in Zürich benützte mehrfältig diese Einrichtung und versandte unter Anderm mit Frachtbrief vom 4. Dez. 1846 ein Kistchen Seidewaaren an Otto Kolligs in Frankfurt, welches jedoch nicht an den Ort seiner Bestimmung ankam. Der Fuhrmann Welti von Gutach, welcher an jenem Tage den Wagen führte, behauptete, ihm sei jenes Kistchen nicht verladen worden, weßhalb der Speditionsverein den Aufgeber ersuchte, deßhalb Nachforschungen bei der Bestäterei in Zürich anzustellen. Possard entsprach dem nicht allein, sondern ließ sich sogar bestimmen, die Bestäterei auf Ersatz des verlorenen Kistchens zu belangen, wurde aber mit der desfallsigen Klage abgewiesen, weil die Beklagte den Beweis lieferte, das Kistchen an Welti verladen zu haben. Es waren gerade noch wenige Tage vor Ablauf der in A. 108 des Handelsgesetzbuchs bestimmten Verjährungszeit, als Possard den Speditionsverein auf Ersatz des Kistchens belangte. Dieser stellte eine Rückgriffsklage gegen den Fuhrmann Welti an, beide Klagen wurden jedoch nicht vor dem nämlichen Gericht, sondern wie es eben nach unserer Prozeßordnung kaum anders geschehen kann, vor verschiedenen Gerichten verhandelt. Es ist dieses ein Mißstand, welcher schon in No. 57 der Annalen des vorigen Jahrgangs gerügt wurde. Wie der Prozeß gegen den Fuhrmann Welti ausging, ist dem Einsender nicht bekannt; dagegen wurde der Speditionsverein in den beiden vordern Instanzen gleichförmig verurtheilt, wogegen die Oberberufung ergriffen und neben andern Beschwerden auch der Mangel der Activlegitimation des klagenden Handlungshauses dadurch begründet wurde, daß dasselbe nicht Eigenthümer des fraglichen Kistchens, sondern nur Spediteur für einen Fabrikanten in Horgen sei. Es erfolgte jedoch unter dem 13. März d. J. ein bestätigendes Erkenntniß, dessen Entscheidungsgründe so lauten:

Der beklagte Speditionsverein hat nach der zu den Akten gekommenen anerkannten Correspondenz seines Geschäftsführers mit dem klagenden Handlungshaus zur Besorgung von Waarenversendungen von Zürich nach dem Niederrhein, Frankfurt und Belgien, und umgekehrt, eine regelmäßige Fahranstalt eingerichtet, solche dem klagenden Handlungshaus zum Gebrauch empfohlen und hiebei namentlich in dem Schreiben vom 8. September 1846 bemerkt:

> „Wir übernehmen die Güter frei ab Ihrem Ma„gazin, nachdem Sie zuvor die Güte haben, die „dortige Kaufhausverwaltung zu deren Empfang„nahme anzuweisen.

In Folge dessen ließ das klagende Handlungshaus dem Fuhrmann C. Welti, der sich mit folgendem Schreiben des beklagten Vereins in Zürich einfand:

> „Wir ersuchen hiermit die Wohllöbliche Kauf„hausbestäterei in Zürich, dem Ueberbringer dieses, „Fuhrmann C. Welti von Gutach, die für uns be„stimmten Retourgüter kommenden Freitag den 4. „Dez. 1846 gefl. verladen zu lassen.
>
> Offenburg, den 28. Dezember 1846.
>
> Mannheimer Speditions-Verein.
>
> Fesch."

Güter verladen und darunter namentlich auch ein Kistchen Seidenwaaren, bezeichnet No. 100, Pfd. 31, welches, wie unbestritten, bei der Declaration dem badischen Nebenzollamt Neuhaus mangelte.

Die hierauf gegründete Klage, worin Possard Vater und Sohn vom beklagten Speditionsverein die Erstattung des Werthes ad fl. 919. 59 kr. nebst Verzugszinsen à 6% vom Tage der Klagzustellung an verlangen, ist rechtlich begründet und auch bewiesen. Durch die erwähnte Correspondenz und den Frachtbrief ist über die Versendung fraglicher Waaren zwischen dem klagenden Handlungshaus und dem beklagten Verein ein Vertrag zu Stande gekommen, wonach der Letztere als Frachtbesorger dem Ersteren (Versender) für die verlorene Waare zu haften hat.

H.R.S. 101—103 und 107.

Ob das klagende Handlungshaus selbst schon den ihm obliegenden (H R.S. 98 und 99) Ersatz geleistet habe, ist für diesen Rechtsstreit ganz gleichgültig, weil nach dem allegirten S. 101 demselben eine direkte Klage gegen den Frachtbesorger als Mitcontrahenten zusteht, welche von jenem Erforderniß nicht abhängig gemacht ist. Damit zerfällt zugleich auch die Beanstandung der Legitimation zur erhobenen Klage. Ganz zu demselben Resultat gelangt man auch, wenn man das vorliegende Ge-

schäftsverhältniß vom Gesichtspunkt des Auftragsvertrags aus beurtheilt.

L.R.S. 1992.

Der übrige Theil der Entscheidungsgründe behandelt die Frage, inwiefern der Beweis des Klaggrundes gelungen sei, was uns hier nicht interessirt.

Diese Entscheidung des Gr. Oberhofgerichts läßt sich auch noch in anderer Weise rechtfertigen. Es ist ein Princip des französischen Rechts, daß der Besitzer von Mobilien als Eigenthümer gilt. A. 2279. Wer also einem Fuhrmann, einem Schiffer, einem Spediteur, einer Postanstalt oder der Expedition einer Eisenbahngesellschaft eine Waare zur Beförderung anvertraut, hat nicht erst den Beweis zu führen, daß er Eigenthümer jener Waare ist; das Gesetz unterstellt vielmehr, er sei Eigenthümer, weil er Besitzer ist. Und stimmt hierin das Gesetz nicht mit der gesunden Vernunft überein? Welches Interesse hat denn der Fuhrmann, den Beweis des Eigenthums zu verlangen? Nicht das geringste, da seine Pflicht zum Schadenersatz durch dieses Verhältniß nicht im entferntesten alterirt wird. Man könnte vielleicht einwenden, die gesetzliche Präsumtion könne da nicht zutreffen, wo der Kläger selbst anführt, er sei nicht Eigenthümer, sondern nur Spediteur. Aber auch so wird die Sache nicht geändert. Der Spediteur ist nemlich dem Eigenthümer in derselben Weise verhaftet, wie der Fuhrmann dem Spediteur. A. 97—99 des Handelsgesetzbuchs. So wie er den Eigenthümer wegen seines Anspruchs befriedigt, tritt er nach A. 1251 No. 3 in dessen Rechte ein, ist also gerade wie dieser zur Klage legitimirt. Hat er ihn aber noch nicht befriedigt, so kann er nach A. 2032 dennoch auf Schadloshaltung klagen.

Dieselbe Frage kann in vielen andern Fällen zur Sprache kommen, z. B. wenn die Effekten eines Reisenden in einem Gasthof gestohlen werden; wenn einem Handwerker bewegliche Sachen, die ihm zur Reparatur anvertraut werden, abhanden kommen u. s. w. In solchen Fällen wird gewiß Niemand verlangen, daß der Reisende erst beweise, daß die Effecten sein Eigenthum sind; in einer solchen Zumuthung würde man etwas ganz Exorbitantes finden. Gleichwohl ist das Verhältniß von dem oben erzählten Fall nicht im Geringsten verschieden. Im Interesse des Verkehrs liegt es aber gewiß, daß der von dem höchsten Gerichtshof hierüber aufgestellte Grundsatz allgemein beherzigt werde.

Dr. Ladenburg.

III.

Muß die Staatskasse, wenn sie von der Befugniß des §. 55 des Zehntgesetzes Gebrauch macht, und durch die gerichtliche Schätzung ein der Summe nach höheres Ablösungscapital gefunden wird, als der Zehntberechtigte und Pflichtige solches durch gütliches Uebereinkommen festgestellt haben, das von ihr zuzuschießende Fünftheil nach jener höheren Summe berechnen?

S. Annal. 1849 (XVII.) No. 14. II. S. 107, 108.

§. 1.

In §. 12 des Zehntablösungsgesetzes (Rggsbl. 1833, No. 49) ist ausgesprochen:

„Zur Beförderung der Zehntablösung übernimmt die Staatskasse ⅕tel des Ablösungskapitals und entrichtet diese Summe, sobald die Zehntpflichtigen die Ablösungsurkunde der Finanzbehörde vorgelegt und den zum Empfang Bevollmächtigten bezeichnet haben 2c."

In §. 13 folgt dann die weitere Bestimmung:

„Die zur Abführung des Ablösungskapitals **weiter erforderliche Summe** haben die Besitzer zehntpflichtiger Güter zu bezahlen."

Hiernach ist so viel klar, daß

1) die Staatskasse (d. h. die Gesammtheit der Steuerpflichtigen) zu Gunsten der Zehntablösung, beziehungsweise der Zehntpflichtigen **belastet** (daß also nicht ein privilegium fisci in Frage) ist;
2) daß aber diese Belastung nicht über die Verbindlichkeit hinaus geht, ihnen ⅕tel des von ihnen zu zahlenden Ablösungskapitals beizuschießen, wogegen der Rest also ⅘tel desselben, von ihnen selbst aufgebracht werden muß;
3) daß sie, die Zehntpflichtigen, gegenüber der Staatskasse, forderungsberechtigt sind; daß dagegen diese nicht im Verhältniß eines unmittelbar Verpflichteten zu dem Zehntberechtigten steht.

§. 12, 68 des Zehntabl.Ges.

§. 41, 42 der Verordn. v. 27. Mai 1836, Reggsbl. S. 243.

Dieser hat seine Entschädigung für den abzulösenden Zehnten natürlich nur von demjenigen zu fordern, welcher zur Entrichtung des Zehnten bisher verpflichtet war.

Das Gesetz hat in No 12 einen andern Verpflich-

teten, insbesondere die Staatskasse, dem Berechtigten nicht gegenüber gestellt, sondern nur dem Pflichtigen einen Rückhalt an der Staatskasse gegeben, welche ihm die Bestreitung der Auslage für die Zehntablösung durch Zuschuß eines Fünftheils derselben erleichtern soll.

Die Feststellung des Ablösungskapitals beruht auf Lösung eines Rechnungsexempels, welches übrigens wegen der verschiedenartigen mit in Berechnung kommenden Verhältnisse verwickelt und schwierig zu sein pflegt und besondere Sachkenntniß erfordert.

Diese Lösung geschieht am gründlichsten durch Schätzung, gleichwohl hat das Gesetz dem Pflichtigen und Berechtigten gestattet, sie auch auf gütlichem Wege, durch gegenseitiges Uebereinkommen, mittelst Vergleichs, zu bewirken, §. 53—55 des Ges., jedoch ist für diesen und nur für diesen Fall der von dem Pflichtigen ins Mitleid zu ziehenden Staatskasse das Recht vorbehalten, die Schätzung, welche die Partheien unter sich nicht nöthig gefunden, auf welche sie verzichtet hatten, zur sorgfältigeren Prüfung der Richtigkeit des unter den Betheiligten auf gütliche, also wohl nicht immer zuverlässige Weise festgestellten Entschädigungsbetrags eintreten zu lassen. §. 55 Abs. 3, §. 58 ff. des Ges.

Dieser Antrag auf Ermittlung des Ablösungskapitals durch Schätzung beruht auf der im allgemeinen Interesse gewiß gerechtfertigten Fürsorge, daß die Staatskasse im einzelnen Falle dadurch, daß von den bei der Zehntablösung unmittelbar Betheiligten das Ablösungskapital höher angenommen wird, als es in der Wirklichkeit ist, nicht genöthigt werden könne, nun auch ihrerseits mehr als 1/5 tel desjenigen Betrags zuzuschießen, welcher dem abzulösenden Zehnten entspricht. *)

§. 2.

Nach §. 53 des Gesetzes soll vom Bevollmächtigten der Zehntpflichtigen oder der Gemeinde das Uebereinkommen mit dem Zehntberechtigten vorbehaltlich der Genehmigung ihrer Gewaltgeber abgeschlossen, vor Einholung dieser Genehmigung aber das Uebereinkommen von der, die Vergleichsverhandlungen leitenden Behörde nach Abs. 2, 3 des §. 53 der Finanzbehörde zur Erklärung zugestellt, und erst, wenn diese erfolgt oder

*) Während auf der einen Seite der Staatskasse dasjenige Uebereinkommen nicht schadet, worin als Ablösungskapital eine zu hohe Summe angenommen worden ist, kommt ihr auf der andern Seite dasjenige Uebereinkommen zu gut, worin das Ablösungskapital unter dem wahren Betrag angenommen worden ist. D. E.

versäumt ist, die Genehmigung der Gewaltgeber eingeholt werden, welche in der Regel versagt werden wird, wenn die Finanzbehörde gegründete Anstände gegen die Berechnung des Ablösungskapitals erhebt.

In diesem Falle, wo zwischen den unmittelbar Betheiligten ein endgültiger Vertrag nicht zu Stande gekommen, sondern der Versuch, die Ablösungssumme außergerichtlich festzusetzen, aufgegeben worden, mißglückt ist, tritt eben nun das gewöhnliche gerichtliche Verfahren nach Titel IV., lit. C. des Zehntablösungsgesetzes ein.

War dagegen dem Vergleich von Seiten der Pflichtigen die Zustimmung ertheilt worden

a) ohne die Erklärung der Finanzbehörde abzuwarten, und fordert nun diese gerichtliche Entscheidung, oder

b) trotzdem, daß die Erklärung der Finanzbehörde nicht zustimmend ausgefallen war,

so ist zwar nach §. 55 des Gesetzes der Ablösungsvertrag für den Zehntberechtigten und den Zehntpflichtigen verbindlich, aber wegen Ausmittlung des Staatszuschusses so zu verfahren, als ob eine Uebereinkunft nicht zu Stande gekommen wäre; bei diesem künftigen Verfahren jedoch dem Zehntberechtigten gegenüber an der Stelle der Zehntpflichtigen von der Finanzbehörde zu handeln.

Diese beantragt offenbar nur deßhalb gerichtliche Entscheidung, weil sie die unter den Partheien bedungene Entschädigungssumme (welches Geding als eine res inter tertios ihr nicht im Wege steht) für übermäßig hoch hält; ihr Bestreben kann also bei Einleitung des gerichtlichen Verfahrens nur dahin gehen, die Feststellung einer minder großen Ablösungssumme zu bewirken. *)

*) In dieser Beziehung ist in dem von Geheimerath von Rüdt in der Sitzung der ersten Kammer vom 1. Juli 1833 erstatteten Commissionsbericht zu den No. 52—55 des Gesetzentwurfs bemerkt:

„Bei der Zehntablösung sind der Berechtigte und die Belasteten die unmittelbaren Parthien, weßhalb sie für sich eine gültige Uebereinkunft abschließen können. Allein, da die Staatskasse bei jeder Ablösung ein Fünftheil des Ablösungskapitals, so wie es gesetzlich zu berechnen, beiträgt, so muß ihr auch das Recht zustehen, durch ihre Vertreter (die Finanzbehörde) sich vor der Zahlung mittelst eigener Prüfung davon zu überzeugen, daß die Uebereinkunft ihr keine höhere Anforderung herbeiführe und in diesem Falle die Schritte zu thun, welche auf das gesetzliche Maas ihres Beitrags führen. Darum gebührt ihr auch die Befugniß, über die Feststellung ihres Beitrags, wo sie sich für verkürzt hält, gerichtliche Entscheidung zu fordern, unbeschadet der Verbindlichkeit des Ablösungsvertrags zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten."

S. Landtagszeitung von 1833 S. 310.

D. E.

Ein solches Streben läuft aber dem Interesse des Zehntpflichtigen zuwider, welcher in dem fünften Theil des geminderten Ablösungskapitals nicht den vollständigen Fünftheil der größeren Summe, über welche er mit dem Berechtigten übereingekommen ist, erhalten würde, sondern diesen aus eigenen Mitteln ergänzen müßte.

Hiernach ist die Finanzbehörde allein dabei interessirt, daß die Größe der Einheit, wovon sie einen Bruchtheil zahlen soll, gemindert werde. Sie hat also nach § 104 d. Pr.O. wegen des der Staatskasse aus dem Uebermaaß des Ablösungskapitals drohenden Nachtheils, einen zu hohen Zuschuß leisten zu müssen, das Recht zur Nebenintervention und kann in dieser Eigenschaft nach §. 109 d. Pr.O. den Rechtsstreit allein auf sich nehmen, welchen sie durch ihre Verweigerung der Zustimmung hervorgerufen hat.

Diesen Verhältnissen entspricht die gesetzliche Anordnung, daß der Pflichtige, der ursprüngliche Gegner des Berechtigten in Folge des mit diesem geschlossenen Vergleichs aus dem Streite ausscheide und diesen seinem noch allein Betheiligten, durch seinen Verzicht auf genaue Schätzung des abzulösenden Rechts nicht gebundenen Streitgenossen

vergl. §. 105, 96 Pr.O.

überlasse, welcher dann in des Pflichtigen prozessualische Stellung hervortritt.

Hierin liegt eine Begünstigung des Pflichtigen, welchem an und für sich allein die Verbindlichkeit obgelegen wäre, die Richtigkeit der zwischen ihm und dem Berechtigten angenommenen Größe des Ablösungskapitals zu dessen Abtragung er den Zuschuß eines Fünftels desselben fordert, der Staatskasse nachzuweisen, wenn diese jene Richtigkeit bezüglich ihres Zuschusses beanstandet.

Wie das Bestreben der Finanzbehörde dahin gerichtet ist und sein muß, daß das im Vergleichswege angenommene Ablösungskapital durch die Schätzung zu hoch erfunden, also vom Richter gemindert werde, so kann das des Zehntberechtigten nur dahin gehen, daß der durch Uebereinkunft mit dem Pflichtigen festgestellte Betrag der Entschädigung aufrecht erhalten und nicht gemindert werde.

Der Berechtigte kann nämlich das Ablösungskapital nur von dem Pflichtigen und von diesem in keinem Falle mehr fordern, als was derselbe zugesagt hat.

Auf diese seine Forderung hat also das Ergebniß der von der Finanzbehörde beantragten Schätzung keinen Einfluß, mag dadurch eine höhere oder eine niedere Summe gefunden werden, als dem Berechtigten von dem Pflichtigen zugesagt worden ist.

Hiernach kann der Berechtigte nicht kraft eigenen Rechts das Gesuch stellen, die Staatskasse solle verurtheilt werden, mehr als ⅕tel derjenigen Summe, welche die Pflichtigen für die Ablösung zugesagt haben, ihm zu zahlen und da er die Stelle des Zehntpflichtigen nicht vertritt, so kann sein Gesuch auch nicht dahin gehen, daß jene Zahlung an den Pflichtigen geschehe. Das eine oder das andere dieser beiden Gesuche wäre aber in dem Antrag enthalten, daß bei Berechnung des Zuschusses der Staatskasse ein höheres Ablösungskapital unterstellt werden solle, als dasjenige, welches zwischen dem Berechtigten und Pflichtigen verabredet worden ist.

Hiernach kommt auf das etwaige Gesuch des Berechtigten gar nichts an, und ist seine Aufgabe nur die, zu Gunsten des Pflichtigen die Richtigkeit des von ihnen angenommenen Betrags der Entschädigung für den Zehnten zu vertheidigen; so daß es den Anschein hat, als ob auch ihm eine fremde Last aufgebürdet sei; da er keinen unmittelbaren Anspruch an die Staatskasse hat, während er sich doch an den Pflichtigen als seinen Vertragsgegner halten kann und darum nichts zu kümmern braucht, woher dieser die Mittel zur Abtragung der Ablösungssumme bezieht.

Doch läßt sich die dem Zehntberechtigten zugewiesene Aufgabe aus der oben besprochenen prozessualischen Stellung der Staatskasse zu dem Pflichtigen erklären.

§. 3.

Das Ergebniß der von der Finanzbehörde veranlaßten gerichtlichen Schätzung muß nachweisen, daß der Betrag des Ablösungskapitals, wie er im Wege des Vergleichs angenommen worden ist, wenn unrichtig, dann entweder zu hoch oder zu nieder gegriffen sei. Ergibt sich aus der Schätzung das Letztere, so hat dies nur für den Pflichtigen, welcher vor oder nach der Einsprache der Finanzbehörde den mit dem Berechtigten verabredeten Ablösungsvertrag genehmigt hat, den selbst verschuldeten Nachtheil, daß er von der Staatsbehörde nur ⅕tel des durch die Schätzung ermäßigten Ablösungskapitals begehren kann, während er selbst dem Berechtigten seine Zusage halten und ihm das ganze verabredete Kapital zahlen muß.

Ergibt sich aber aus der Schätzung, daß das unter den Betheiligten verabredete Ablösungskapital unter dem wahren Betrage sei, so hat von diesem Ergebniß kein Theil Nutzen oder Schaden, sondern es bildet nur eine

Sicherheit, einen Beweis dafür, daß in der Uebereinkunft der Betheiligten das Ablösungscapital **nicht zu hoch** bedungen worden sei.

Es ist schon unter §. 2 ausgeführt, warum der Berechtigte, welcher keinen selbstständigen Anspruch an die Staatskasse hat, aus diesem Ergebniß der Schätzung keinen Nutzen ziehen könne und aus den unter §. 1 aufgestellten Grundsätzen folgt, daß der Pflichtige auch bei diesem Ergebniß der Schätzung doch nicht mehr aus der Staatskasse fordern kann als $^1/_5$tel derjenigen Auslage, welche er für Ablösung des Zehntrechts zu machen hat. Er kann z. B. nicht sagen: Ich habe zwar nur 15,000 fl. Ablösungskapital zu zahlen, und davon beträgt $^1/_5$tel allerdings nur 3000 fl.; allein durch die von der Finanzbehörde veranlaßte Schätzung hat sich ergeben, daß das Ablösungskapital, welches der Berechtigte an mich zu fordern hat, **eigentlich mehr**, nämlich 20,000 fl. beträgt, sie muß mir also $^1/_5$tel **hiervon** mit 4000 fl. beischießen, somit 1000 fl. über $^1/_5$tel meiner Auslage.

Eine solche weitere Bereicherung auf Kosten sämmtlicher Steuerpflichtigen hat das Gesetz dem ohnehin schon reichlich unterstützten Zehntpflichtigen nicht auch noch zuwenden wollen.

§. 4.

Nach §. 70 des Zehntablösungsgesetzes sind die Kosten der Abschätzung von beiden Theilen zu zahlen.

Diese Bestimmung ist wohl nicht nur auf den gewöhnlichen Fall berechnet, daß der Berechtigte und der Pflichtige in dem gerichtlichen Verfahren zur Auffindung des Ablösungskapitals sich gegenüberstehen, sondern auch auf den in §. 55 des Ges. schon erwähnten Fall, daß diese beiden einig sind und nur die Finanzbehörde — die Stelle des Pflichtigen vertretend — den Rechtsweg gegen den Berechtigten betritt. Sie folgt aus der Natur dieses gerichtlichen Verfahrens, in welchem nicht eine bestimmte Summe im Voraus sicher bezeichnet und gefordert, sondern nur die Ermittlung des Ablösungskapitals, über dessen Größe die Partien sich nicht einigen konnten, durch Schätzung beantragt werden, weßhalb von einer Zuvielforderung nicht die Rede sein kann.

Stempf.

———

IV.

Der beendigte Versuch.

Auf Seite 118 dieser Blätter sind als Beispiele des **beendigten Versuchs** die Fälle angeführt, wenn der Dieb es bis zum Losbinden der zu stehlenden Kuh gebracht hat und dabei ergriffen wird, oder wenn der Dieb, welcher in eine Wohnung eingestiegen ist, gerade ergriffen wird, als er eine Geldrolle angefaßt hatte, um sie zu sich zu stecken.

Nach meiner Meinung ist in diesen Fällen kein beendigter Versuch vorhanden; und da die entgegen gesetzte Ansicht auf einer unrichtigen Auffassung des Begriffs des beendigten Versuchs zu beruhen scheint, so werden wohl einige Worte darüber hier am Platze sein.

Zum Begriff des beendigten Versuchs gehört nach §. 107 des Strafgesetzbuches:

1) im Gegensatz vom nicht beendigten Versuch, daß der Thäter Alles gethan hat, was von seiner Seite zur Vollendung des beabsichtigten Verbrechens nothwendig war (delictum prefectum), und
2) im Gegensatz vom vollendeten Verbrechen, daß der zum Begriff des vollendeten Verbrechens erforderliche Erfolg gleichwohl nicht eingetreten ist (delictum non consummatum), weil er
3) durch andere dazwischen getretene Umstände, welche den Grund nicht in dem Willen des Thäters noch in seiner Handlungsweise hatten, abgewendet wurde.

Wegen des ausgebliebenen Erfolgs kann hier die volle Strafe nach §. 104 und 105 des Strafg. keine Anwendung finden. Da aber der andere subjective Strafbestimmungsgrund, nämlich der verbrecherische Wille, (§. 150) sich schon in gleichem Maaße wie beim vollendeten Verbrechen gezeigt hat, und das Ausbleiben des Erfolgs nur dem Zufall zu verdanken ist, so ist die Handlung strafbarer als der gewöhnliche Versuch. Deßhalb wurde hier eine Mittelstufe zwischen dem Versuch und dem vollendeten Verbrechen aufgestellt, eine Unterscheidung, welche die Wissenschaft schon längst gemacht hatte. — Neues Archiv des Criminalrechts Bd. 4 pag. 24—25. — Nach der ersten Fassung der zweiten Kammer der Landstände war diese Stufe als „**geendigte Unternehmung**" bezeichnet, wofür später der auch schon in andere Gesetzbücher aufgenommene Ausdruck „**beendigter Versuch**" gewählt wurde. Besser wäre vielleicht die erstere Bezeichnung beibehalten worden, weil man durch die Annahme des

letzteren Ausdrucks genöthigt wurde, dem beendigten Versuch gegenüber den gewöhnlichen Versuch „nicht beendigten Versuch“ zu nennen, was leicht zu dem Irrthum verleitet, als sei dieses eine bei allen Verbrechen vorkommende durchgreifende Unterscheidung.

Aus dem Begriff des beendigten Versuchs ergeben sich nun folgende Sätze:

1) der beendigte Versuch kommt nicht bei allen Verbrechen vor, bei denen überhaupt ein Versuch möglich ist, sondern nur bei denjenigen, zu deren Thatbestand ein bestimmter Erfolg gehörte. Bezüglich der Vollendung der Verbrechen und der dadurch bedingten Anwendung der vollen Strafe unterscheidet nämlich das Gesetz (§. 104 und 105) zwischen solchen Verbrechen, bei denen außer der verbrecherischen Handlung noch ein bestimmter Erfolg zur Vollendung verlangt wird, und solchen, welche schon durch die Vornahme einer mit großen Merkmalen versehenen Handlung vollendet werden. (s. g. materielle und formelle Verbrechen.) Auf die erstere Gattung nun ist der beendigte Versuch beschränkt. Die Motive zum Entwurf des Strafgesetzbuches (pag. 23 und 24), die landständischen Verhandlungen (Welckers Commissionsbericht pag. 72) so wie das Gesetz selbst (§. 107 verglichen mit §. 104 und 105) gestatten hierüber keinen Zweifel.

Bei den s. g. formellen Verbrechen gibt es also keinen beendigten Versuch; er ist nach seinem gesetzlichen Begriff hier gar nicht denkbar, weil hier das Verbrechen dadurch, daß der Thäter alles gethan hat, was zu dessen Vollendung nothwendig war, schon vollendet ist, also die volle Strafe Anwendung findet. Bei dieser Gattung von Verbrechen bedurfte es aber auch nicht der Aufstellung einer Mittelstufe zwischen dem (nicht beendigten) Versuch und der Vollendung, weil derjenige, welcher die verbrecherische Thätigkeit noch nicht zu Ende gebracht, immerhin minder strafbar ist als derjedige, welcher schon alles zur Vollendung Erforderliche gethan hat, dort also die Strafe des (nicht beendigten) Versuchs genügt. Der Unterschied liegt nämlich darin, daß bei den formellen Verbrechen der Thäter, wenn er auch schon auf der Grenzlinie zwischen dem Versuch und der Vollendung steht, immerhin zur Vollendung noch etwas weiteres thun muß, während bei dem beendigten Versuch es keiner weiteren Thätigkeit mehr bedürfte.

Aus dem Gesagten ergibt sich von selbst, daß die Eingangs erwähnten Fälle keinen beendigten Versuch, sondern einen nicht beendigten Versuch enthalten. Der Diebstahl wird nicht schon durch die Handlung der Besitzergreifung vollendet, ohne daß ein weiterer Erfolg dazu gehört; so lang aber die Besitzergreifung nicht geschehen ist, hat der Dieb noch nicht alles gethan, was zur Vollendung des Verbrechens gehört, er muß seine Thätigkeit noch fortsetzen. Der Umstand, daß er daran verhindert wird, bringt ihn auf keine höhere Stufe des Versuchs, sondern hat nur die Folge, daß er das Verbrechen nicht mehr freiwillig wieder aufgeben kann. Bei dem Diebstahl gibt es daher keinen beendigten Versuch.*)

(Schluß folgt.)

V.

Eine Antinomie in der neuen Prozeßordnung.

Nach §. 612 verglichen mit §. 607 beträgt die Wiederherstellungsfrist im bedingten Mandatsprozesse vierzehn Tage, nach §. 692 verglichen mit §. 690 hingegen nur acht Tage.

Es wird nun bis zum Erscheinen einer offiziellen Berichtigung dieses Versehens bei Anwendung der sich widersprechenden Vorschriften die 14tägige Frist zur Wiederherstellung offen gelassen werden müssen, weil die längere Dauer dem Beklagten, gegen welchen das Versäumungserkenntniß erlassen wurde, unläugbar günstiger ist.

D. R.

*) Es scheint hiebei alles auf den Begriff der Besitzergreifung anzukommen. Nimmt man bei den Eingangs erwähnten Beispielen die Besitzergreifung schon als vorhanden an, so sind die Diebstähle vollendet, weil die wirkliche Erreichung der diebischen Absicht oder die Erlangung des beabsichtigten Gewinns zur Vollendung nicht erfordert wird. Erblickt man dagegen in dem Losbinden der Kuh und in dem Anfassen der Geldrolle noch keine Besitzergreifung so wird allerdings nur von nicht beendigten Versuchen die Rede sein können.

D. R.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. **No. 26.** Mannheim, 28. Juni **1851.**

I.

Der beendigte Versuch.

(Schluß.)

2) Die Handlung muß vermöge der Thätigkeit des Verbrechers und der gewählten Mittel objectiv von der Beschaffenheit sein, daß der beabsichtigte Erfolg nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ohne weiteres Zuthun eingetreten sein würde, wenn er nicht durch einen dazwischen getretenen außer der Handlung des Thäters gelegenen Umstand verhindert worden wäre; die Handlung muß den zureichenden Grund für den Erfolg vollständig in sich enthalten. Es genügt noch nicht, daß der Thäter nach seiner Ansicht oder nach Möglichkeit alles gethan hat, was zur Vollendung des Verbrechens nothwendig, aber gleichwohl unzureichend war. Um dieses deutlicher auszudrücken, sind an die Stelle der Worte des Entwurfs: „aus Ursachen nicht eingetreten" die Worte: „durch andere dazwischen getretene Umstände abgewendet worden", gesetzt worden. Hat also der Verbrecher ein unzulängliches Mittel gewählt, oder hat er das geeignete Mittel nicht gehörig angewendet, oder hat er seine Thätigkeit eingestellt, weil er irrthümlich den Erfolg schon erzielt zu haben glaubte, oder ist ihm die Fortsetzung vorher schon durch ein dazwischen getretenes Hinderniß unmöglich gemacht worden, so ist in allen diesen Fällen kein beendigter Versuch vorhanden; denn der Erfolg ist nicht erst durch einen dazwischen getretenen Umstand abgewendet worden, sondern die Erfolglosigkeit hat ihre Ursache in der eigenen Handlungsweise des Thäters oder darin, daß er eben nicht alles gethan hat, was zur Vollendung des Verbrechens nothwendig war.

Der Grund, warum das Gesetz die angegebene objektive Beschaffenheit der Handlung fordert, liegt darin, daß die Strafbarkeit nicht allein nach dem verbrecherischen Willen, sondern auch nach der Schädlichkeit und Gefährlichkeit der Handlung bestimmt wird. (§. 150.) Dieser Grundsatz gilt nach unserm Strafgesetz beim Versuch eben so wohl als beim vollendeten Verbrechen. Darum ist der Versuch mit an und für sich untauglichen Mitteln in der Regel völlig straflos, und wird in den ausnahmsweisen schwereren Fällen nur als nicht beendigter Versuch bestraft. (§. 110.) Ganz auf dem nämlichen Grunde beruht es, daß ein Versuch mit zwar nicht an und für sich untauglichen aber unzulänglichen Mitteln oder eine sonst unzureichende Thätigkeit minder strafbar sein soll, als wenn die Handlung zu Hervorbringung des beabsichtigten Erfolgs in jeder Beziehung vollkommen geeignet war, und dieser nur durch einen Zufall abgewendet wurde, oder mit anderen Worten, daß im erstern Falle die Handlung nicht als beendigter Versuch gelten soll, obgleich in dem einen wie in dem andern Falle der verbrecherische Wille sich auf der höchsten Stufe gezeigt hat.

Ein bei der Berathung des Gesetzes in der zweiten Kammer der Landstände gestellter Antrag des Berichterstatters, die Worte in §. 107: „noch in seiner eigenen Handlungsweise" zu streichen, wurde daher auch abgelehnt. Verhandlungen der Ständeversammlung im Jahr 1839/40, siebtes Beilageheft pag. 72 und fünftes Protokollheft pag. 300—313.

3) Uebrigens kann mit den Worten: „noch in seiner eignen Handlungsweise" nur diejenige Handlung gemeint sein, welche zur Vollendung des Verbrechens wirklich nothwendig war; sie enthalten eine nähere Bestimmung des ersten Satzes des §. 107, um das soeben unter Nr. 2 angegebene Erforderniß der objectiven Beschaffenheit der Handlung auszudrücken. Dagegen dürfen sie nicht auch auf jene Handlung bezogen werden, welche den Thäter nachdem schon alles zur Vollendung Nothwendige geschehen ist, noch vornimmt, um nach seiner Meinung den

Erfolg desto mehr zu sichern oder zu beschleunigen, und wodurch nun gerade gegen seinen Willen der Erfolg vereitelt wird, der sonst eingetreten wäre. Wenn z. B. der Mörder glaubt, den Tod seines Gegners, den er gehängt hat, am schnellsten und sichersten dadurch zu bewirken, daß er den Gehängten an den Füßen zieht, dadurch aber den Strick zerreißt und der Gehängte gerettet wird, oder wenn Einer seinen Gegner mit einem stumpfen Werkzeug betäubt niederschlägt, und nun auch noch in der Absicht sticht, ihn damit ganz sicher zu tödten, dieser mörderische Aderlaß aber zur Rettung des Geschlagenen dient, indem er die chirurgische Operation ersetzt, die das einzige Mittel war, die Tödtlichkeit der Schlagverletzung aufzuheben (Beispiele, welche seiner Zeit in der zweiten Kammer zur Begründung des Antrags auf Streichung der erwähnten Worte angeführt wurden), so wird man nicht behaupten wollen, daß in diesen Fällen kein beendigter Versuch vorhanden sei, weil die Abwendung des Erfolgs ihren Grund in der eigenen Handlungsweise des Thäters habe. Das Gesetz verlangt von Seiten des Thäters mehr nicht, als daß er alles gethan hat, was zur Vollendung des Verbrechens nothwendig und genügend war; sobald dieses geschehen, ist der beendigte Versuch schon vorhanden, und kann durch die Fortsetzung der verbrecherischen Thätigkeit, welche aber zufällig den durch die bisherige Handlung schon gesicherten Erfolg abwendet, vernünftiger Weise nicht wieder aufgehoben werden. Eine solche nachgefolgte Handlung ist, wie sich sogleich näher zeigen wird, nur dann von Einfluß, wenn der Thäter das Verbrechen freiwillig wieder aufgegeben hat.

4) Nach dem aufgestellten Begriff des beendigten Versuchs soll die Abwendung des Erfolgs ihren Grund nicht in dem Willen des Thäters selbst haben. Natürlich kann hier nur der Wille n a c h geendigter Thätigkeit oder die jetzt erst eingetretene W i l l e n s ä n d e r u n g gemeint sein; denn wenn der verbrecherische Wille schon vorher wieder aufgehoben wurde oder von Anfang mangelte, so ist gar kein oder wenigstens kein strafbarer Versuch vorhanden. (§. 117) Auch kann hier von einer Willensänderung nur in den Fällen die Rede sein, wo mit der geendigten Thätigkeit deren Wirkung nicht sogleich eintritt, sondern zwischen der Handlung und dem Erfolg ein Zeitpunkt in der Mitte liegt, denn sonst ist eine Abwendung des Erfolgs durch den Thäter nicht mehr möglich. Wenn nun der Verbrecher nach geendigter Unternehmung das Eintreten des strafbaren Erfolgs selbst abgewendet, und das Verbrechen freiwillig wieder aufgegeben hat, so wäre nach dem aufgestellten Begriff die Handlung kein beendigter Versuch.

Damit im Widerspruch steht aber, wenigstens dem Wortlaute nach, §. 118, welcher auch in diesem Falle die Handlung b e e n d i g t e n V e r s u c h nennt, und die freiwillige Abwendung des Erfolgs nur als Strafmilderungsgrund bezeichnet. Der Grund, warum der §. 107 und der §. 118 nicht recht zu einander passen, liegt darin, weil nach den ersten Beschlüssen der beiden Kammern der sonst beendigte Versuch, wobei aber der Thäter den Erfolg selbst freiwillig wieder abgewendet hat, eben so wie der nicht beendigte Versuch straflos sein sollte, bei der spätern wiederholten Berathung man aber zu der entgegengesetzten Ansicht kam, und den längst beschlossenen §. 107 deßhalb doch nicht wieder abändern wollte.

Commissionsbericht der ersten Kammer 1844 von Vogel pag 4—6.

Es wirft sich nun die Frage auf, ob nach §. 118 die Strafe des b e e n d i g t e n oder des n i c h t b e e n d i g t e n Versuchs, in beiden Fällen mit Milderung einzutreten habe, da dieses nicht bestimmt ausgedrückt ist. Für die letztere Ansicht spricht, daß sie den §. 118 mit §. 107 in Einklang bringt, und daß die Aufnahme des §. 118 in das Gesetz zunächst nur den Zweck hatte, die S t r a f l o s i g k e i t des Versuchs in dem angegebenen Falle auszuschließen; für die erstere Ansicht dürfte aber entscheidend sein, daß bei dem Zustandekommen des §. 118 die Strafe des nicht beendigten und des beendigten Versuchs unmittelbar vorher in §. 112 bis §. 116 schon bestimmt war, also bei der, obwohl nach §. 107 unpassenden, Bezeichnung des Falles als beendigten Versuchs wohl auch die Strafe des letztern gemeint sein mußte, und daß man die Abwendung des Erfolgs wohl nicht auch noch als Strafmilderungsgrund erklärt haben würde, wenn man nur die Strafe des nicht beendigten Versuchs hätte eintreten lassen wollen; auch ist die erstere Ansicht in dem cit. Commissionsbericht ausgesprochen worden, und hat bei den spätern Berathungen keinen Widerspruch gefunden.

Hieraus ergibt sich sodann auch noch ein weiterer Beweis für die Richtigkeit des oben unter No. 3 Gesagten. Wenn nämlich die Handlung selbst im Falle des f r e i w i l l i g e n Aufgebens des Verbrechens nach §. 118 als beendigter Versuch bestraft wird, so muß das Gleiche noch weit mehr in dem Falle gelten, wo g e g e n den Willen des Verbrechens der Erfolg vereitelt wurde. Auch fordert der §. 118 zur Strafmilderung nicht blos, daß der Thäter den straf-

baren Erfolg abgewendet hat, sondern ferner noch, daß er auch das Verbrechen freiwillig wieder aufgegeben hat; woraus sich ergibt, daß in dem unter No. 3 erwähnten Falle die Strafe des beendigten Versuchs ohne Zulassung eines Milderungsgrundes eintreten muß.

Nach Ansicht des §. 118 und da der Begriff des beendigten Versuchs nur wegen der Strafbestimmung in das Gesetz aufgenommen wurde, die Strafe also dabei die Hauptsache ist, bestimmt sich nunmehr der Begriff des beendigten Versuchs in einem weitern als in dem in §. 107 ihm gegebenen Umfang dahin, daß der Thäter alles gethan hat, was zur Vollendung des beabsichtigten Verbrechens nothwendig war, der zum Begriff des vollendeten Verbrechens erforderliche Erfolg aber abgewendet worden ist; wobei es als Strafmilderungsgrund gilt, wenn der Thäter selbst den Erfolg abgewendet und das Verbrechen freiwillig wieder aufgegeben hat.

Faller.

II.

Einige Bemerkungen über das Strafgesetzbuch, die Strafprozeßordnung und über das Einführungsgesetz.

Gewiß fühlt Jeder, der mit unserer Strafrechtspflege zu thun hat, das Bedürfniß, daß diejenigen Bestimmungen im Einführungsgesetz, welche als Theile des Strafgesetzbuchs sich darstellen, in dieses an der gehörigen Stelle und eben so diejenigen, welche strafprozeßrechtlicher Natur sind, in der Strafprozeßordnung eingeschaltet und in letztere auch das jetzt noch geltende aus dem Recursgesetz (Rggsbl. 1837 S. 171) aufgenommen, das Nichtgeltende aber aus beiden Gesetzbüchern weggelassen und diese als vollständiges Ganze im Druck herausgegeben werden.

Ist es schon an und für sich ein Uebelstand, daß in constitutionellen Staaten die Gesetze und die in dieselben einzuflechtenden Vollzugs- und andere darauf bezügliche Verordnungen jeweils getrennt erscheinen, wodurch die Uebersicht und die Anwendung erschwert wird, so ist es noch viel mißlicher, wenn die Gesetze selbst schon so zerrissen und zersplittert verkündet werden, wie es insbesondere bei der neuen Strafprozeßordnung und dem dazu gehörigen Einführungsgesetz der Fall ist.

Wenn übrigens auch die Wünsche, daß eine durchgreifend und gründlich redigirte Ausgabe der nunmehr eingeführten Gesetze erscheinen möchte, noch so sehr begründet sind, so möchte doch die Erwägung im Augenblick überwiegend entgegenstehen, daß, wenn wirklich eine den Anforderungen der Zeit und der Verhältnisse entsprechende und durch die neuen Gesetze selbst noch dringender werdende Abänderung der Gerichtsverfassung bei den Aemtern oder wenigstens die Trennung der Rechtspflege von der Administration oder Polizei, noch in Aussicht steht, bis dahin zuzuwarten ist, damit nicht durch abermalige Abänderungen, Zusätze und Ausmerzungen der Durcheinander noch größer werde.

Nach Vorausschickung dieser allgemeinen Bemerkung werden folgende besondere hervorgehoben:

1. Im Strafgesetzbuch.

Zu §. 17. Unter den Folgen der Zuchthausstrafe ist die im §. 27 des aufgehobenen Strafedicts enthaltene Bestimmung nicht in das neue Strafgesetzbuch aufgenommen, wornach der Sträfling während der Strafzeit völlig mundtodt, somit des Gebrauchs aller bürgerlichen Rechte unfähig ist. Hiernach wird die Aufstellung von Pflegern für die Sträflinge zur gerichtlichen Vertretung künftig wegfallen.*)

Zu §. 56. In den §§. 54 und 55 verglichen mit §. 38 ist die „einsame Einsperrung" als Strafschärfung auch für die Amtsgefängnißstrafe bezeichnet. Im §. 56 aber ist ausgesprochen, daß die Amtsgefängnißstrafe regelmäßig mit einsamer Einsperrung (also mit dieser Schärfung) verbunden ist. Wenn nun z. B. der §. 20 u. 28 vom geschärften Gefängniß spricht oder der §. 480 bestimmt, daß bei der dort festgesetzten Gefängnißstrafe immer auf eine oder mehrere der gesetzlich zuläßigen Schärfungen zu erkennen sei, so wirft sich die Frage auf, ob in der nach §. 56 zum Vollzug zu bringenden Amtsgefängnißstrafe schon eine Schärfung enthalten oder ob

---

*) Der §. 4 des E.G. vom 5. Februar l. J. hebt das 8. Organisationsedict vom 4. April 1803 und somit auch den §. 27 desselben auf, welcher den Züchtling wörtlich zwar nur für mundtodt, dem Wesen nach aber für bürgerlich todt erklärt.

Da nun durch den §. 21 des Gesetzes über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen vom 6. März 1845 die L.R.S. 22—33 und überhaupt alle auf den bürgerlichen Tod sich beziehenden gesetzlichen Bestimmungen aufgehoben sind, so kann künftighin nur noch von den im §. 17 des Str.G.B. zusammengestellten Folgen der Zuchthausstrafe die Rede sein. D. R.

überall, wo geschärfte Gefängnißstrafe im Amtsgefängniß zu erstehen ist, überdies immer auch noch auf Hungerkost oder Dunkelarrest oder Entziehung der Begünstigung des §. 62 erkannt werden soll? Da der §. 55 nicht blos von *Kreisgefängnißstrafe* spricht, so scheint der §. 56 nicht dahin auszulegen zu sein, daß die einsame Einsperrung bei der Amtsgefängnißstrafe nicht an und für sich schon eine Schärfung enthalte und somit wird nur da, wo eine Schärfung *ausdrücklich bei* **Amts**gefängniß stattzufinden hat, noch auf eine der drei andern Schärfungen zu erkennen sein.*)

Freilich wird sich bei der s. häufig vorkommenden Ueberfüllung der Amtsgefängnisse die einsame Einsperrung in der Regel nicht ausführen lassen und man wird daher zur Schärfung eine der anderen Schärfungsarten in Anwendung bringen müssen, was aber bei dem Vollzug ebenfalls wieder mancherlei Anständen unterliegen dürfte.

Zu §. 59. Mit dieser Bestimmung ist die im Regierungsblatt 1831 Seite 250 aufgehoben, wornach ein Tag Dunkelarrest gleich ist vier Tagen gewöhnlichen Gefängnisses. Jetzt kann an jedem dritten Tag ein Tag Dunkelarrest oder ein Tag Hungerkost vollzogen werden.**)

Zu §. 142. Hier wird die *Begünstigung* als „**besonderes** *Vergehen*" aufgestellt und sie soll nach §. 143 mit Gefängniß oder Geldstrafe belegt werden. Im §. 16 des Einführungsgesetzes ist dieses Vergehen nicht aufgeführt. Hiernach und nach §. 34 des E.G. wäre dieses Vergehen also *immer* vom Hofgericht abzuurtheilen. Dieses kann aber offenbar nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen sein, und somit möchte es auf einem Uebersehen beruhen, daß dieses Vergehen nicht im §. 16 des E.G. etwa mit nähern Bestimmungen aufgenommen worden ist.

Der §. 57 des Gesetzes über die Gerichtsverfassung wurde in das Einführungsgesetz nicht aufgenommen, der doch den Zweck hatte, die hier entstehenden Zweifel zu beseitigen. Diese Weglassung wird auch durch den §. 16 der Str.Pr.O. und §. 43 des E.G. nicht ausgefüllt; ebensowenig durch die Bestimmung im §. 16 No. 29 des E.G.*)

Zu §. 208. Da der Selbstmord an und für sich als gerichtlich strafbares Vergehen im neuen Gesetzbuch nicht aufgeführt ist, so wird künftig die Vorlage der desfallsigen polizeilichen Untersuchungsverhandlungen zunächst nur der Kreisregierung zu geschehen haben. (Vrgl. Rggsbl. 1836 S. 273.)**)

Zu §. 313. Gesetzt, der Beleidigte hat weder bei Erhebung der Anklage, noch während der Untersuchung, noch sofort beim Vollzug des Urtheils verfügt, daß die Geldstrafe einer öffentlichen Anstalt überwiesen werden soll, so scheint ihm nach der Fassung des §. 313 das Recht zuzustehen, auch noch nach Jahr und Tag über die Geldstrafe zu verfügen, nachdem die Staatskasse schon längst das Geld erhoben und verrechnet hat.***)

Zu §. 527. Wenn das Gesetz von 5—12 fl. spricht, so geht es über den Betrag von 1 Kreuzer bis zu 4 fl. 59 kr. hinweg. Da eine polizeiliche Strafe für das Vergehen nicht festgesetzt ist, wenn unter den im §. 527 aufgestellten Umständen falsches Geld im Betrag von weniger

---

*) Erwägt man, daß die Amtsgefängnißstrafe *regelmäßig* mit einsamer Einsperrung verbunden ist, so kann wohl unter *geschärfter* Gefängnißstrafe nur jene verstanden werden, bei welcher Dunkelarrest oder Hungerkost oder aber Entziehung besserer Kost (§. 62) in Anwendung kommt. D. R.

**) Der §. 59 bestimmt nur, wie viel Tage der Dunkelarrest oder die Hungerkost während eines gewissen Zeitraums als *höchstes Maaß* betragen darf, ohne das im §. 4 des Gesetzes festgestellte Verhältniß zu ändern, nach welchem ein Tag Dunkelarrest für vier Tage und ein Tag Hungerkost für zwei Tage gewöhnlicher Gefängnißstrafe gilt. D. R.

*) Beihilfe und Begünstigung (§. 134 und 142) sind keine besonderen Vergehen, sondern nur weniger strafbare *Theilnahmen* an den von Anderen *als Urheber* begangenen Verbrechen.

Nach §. 16 der Str.Pr.O., welcher in dem durch §. 14 des E.G. für maaßgebend erklärten Tit. II. vorkommt, begründet aber die Zuständigkeit eines Gerichts über den *Urheber* auch dessen Zuständigkeit über die *Gehilfen*.

Das Hofgericht hat also nur dann, wenn es zur Aburtheilung der Urheber competent ist, zugleich über die Theilnehmer zu erkennen. Mit dieser Vorschrift steht nicht nur die Natur der Sache, sondern auch der §. 43 des E.G. und der §. 57 der (nicht eingeführten) Gerichtsverfassung von 1845 im Einklang. D. R.

**) Die Verordnung vom 22. Juni 1836 ist nirgends aufgehoben und daher nach wie vor zu befolgen. Das Hofgericht (beziehungsweise der Staatsanwalt) soll aufsehen, ob nicht dem anscheinenden Unglücksfall oder Selbstmord ein von dritter Hand verübtes Verbrechen zum Grunde liegt? und je nach Befund das Geeignete verfügen. D. R.

***) Diese Frage beantwortet sich aus dem durch §. 108 des E.G. zur Anwendung gerufenen Tit. 23 der Str.P.O. §. 343. Wenn nemlich der Ankläger innerhalb vier Wochen von Verkündung des rechtskräftigen Urtheils an weder über die Geldstrafe verfügt, noch auf den Vollzug derselben verzichtet, so fährt eben der Richter von Amtswegen vor. D. R.

als 5 fl. ausgegeben wird, so scheint es, als solle die Handlung gar nicht bestraft werden.*)

II. In der Strafprozeßordnung.

Bei einer Vergleichung dieses Gesetzes mit dem Einführungsgesetz ergibt sich, daß

gelten die §§.:	nicht gelten die §§.:
7—39	1— 6.
46—48.	40— 45.
51. 52.	49. 50.
55.	53. 54.
71—184. 186—191. 198—201.	56— 70.
203.	185. 192.
214 Abs. 4.	202.
223.	204—214.
227—241.	215—222.
243.	224—226.
246.	232 No. 4.
272—274.	242.
277—281 (jedoch nur für schwurgerichtliche Fälle).	244. 245.
283 (jedoch nur die letzten 11 Worte des ersten Satzes und der zweite Satz).	247—271.
284—286 (jedoch nur für schwurgerichtliche Fälle).	275. 276.
290.	282.
296.	283 die ersten 17 Worte.
306—309.	287—289.
313. 314.	291—295.
326.	297—305.
328—332.	310—312.
333—360.	315—325.
	327.
	332 No. 4.

Was nun die geltenden §§. betrifft, so verweist der §. 307 u. 309 auf die §. 301—303; der §. 307 auf 300; der §. 329 auf 204; der §. 330 auf 212; der §. 332 No. 3 auf 207 und 216; der §. 338 Abs. 4 auf §. 62 und 206; der §. 355 Abs. 2 auf §. 62; — während die angewiesenen §§. nicht gelten*) und der §. 358 verweist auf §. 160 der Pr.O., die in ihrer neuen Redaction jene Stelle unter §. 158 aufnehmen wird.

Zu §. 181. Nach der Fassung dieses §. kann der Angeschuldigte unmittelbar nach der Urtheilsverkündung sich flüchtig machen, ohne Nachtheil für die Sicherheitssumme oder für die Bürgen.**)

Zu §. 333. Hier ist von einer „Straflos erklärung" die Rede, was mit der Bestimmung des §. 105 u. 106 des E G. im Widerspruch steht.***)

III. In dem Einführungsgesetz.

Zu §. 5 No. 7. Hier ist auf den Handelsrechtssatz 139 verwiesen, der mit Einführung der Reichswechselordnung aufgehoben worden ist.†)

Zu §. 24 u. 29. Da das Gesetz nichts darüber enthält, daß die Führung der Untersuchungen gegen Sträflinge im Zucht- und Arbeitshaus und nach Rechtsähnlichkeit gegen die Pfleglinge in der polizeilichen Verwahrungsanstalt, wegen Vergehen, die nicht blos nach der Hausordnung bestraft werden, auch künftig gemeinschaftlich mit den betreffenden Verwaltungen zu führen sind, so wirft sich die Frage auf, ob jene Verordnung im Regierungs-

*) Nach den Motiven soll das Ausgeben eines Betrags unter fünf Gulden von polizeilicher Strafe getroffen werden. Es dürfte hierüber um so weniger Zweifel herrschen, als auch ein Betrug von geringerem Betrag nach §. 477 polizeilich zu ahnden ist.
D. R.

*) Diese gelten jedenfalls insoweit, als die eingeführten §§. darauf Bezug nehmen, weil die letzteren ihrem ganzen Inhalte nach zum Gesetz erhoben sind.
D. R.

**) Allerdings und zwar deßwegen, weil die Sicherheit nach §. 117 nur dafür geleistet wird, daß der Angeschuldigte sich bis zu erfolgter Aburtheilung nicht von seinem Wohnorte entfernt.
D. R.

***) Der vermeintliche Widerspruch hebt sich durch die Betrachtung, daß die in den §§. 105 und 106 des E.G. ertheilte Vorschrift als späteres Gesetz den §. 333 der Str.P.O. derogirt, welcher ohnehin nicht von den Losspreehungsformeln handelt.
D. R.

†) Die Bestimmung des §. 5 No. 7 steht wörtlich schon im §. 3 Abs. 8 des Einführungsedictes vom 6. März 1845. Wahrscheinlich hat man nun bei Berathung des Gesetzes vom 5. Febr. l. J. nicht daran gedacht, daß der H.R.S. 139 mittlerweile durch das E.G. zur allgemeinen deutschen Wechselordnung vom 19. Febr. 1849 aufgehoben worden ist. In keinem Falle kann es aber etwas schaden, daß der H.R.S. 139 hier nochmals unter jenen Sätzen des bürgerlichen Gesetzbuchs aufgeführt wurde, welche neben dem Strafgesetzbuch nicht mehr bestehen.

So verweist auch der §. 4 des Gesetzes über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen unter anderem auf den L.R.S. 762 a., welchen das Gesetz vom 21. Febr. l. J. — die Ernährung unehelicher nicht anerkannter Kinder betr. — aufhebt und an dessen Stelle andere Bestimmungen setzt, die nunmehr statt des L.R.S. 762 a. als allegirt zu betrachten sein werden.
D. R.

blatt vom Jahr 1805 S. 22 auch jetzt noch anwendbar ist. *)

Weniger zweifelhaft möchte sein, daß auch jetzt noch zur Leichenschau bei Tödtungen durch Grenzaufseher einer der Zollbeamten beizuziehen ist. (Rggbl. 1835 S. 252.)

Zu §. 129. Hiernach wird die Beschlagnahme nicht aufgehoben, wenn der Flüchtige ergriffen, eingeliefert und verurtheilt wird. Dietz.

III.

Die Verbrechen des neuen Strafgesetzbuches. Begriff und Thatbestand.

(Fortsetzung.**)

XIX.

§. 49.

Von dem Raub. (XXVIII. Titel.)

Der Raub ist ein aus zwei Verbrechen, der Gewaltthätigkeit (§. 278) und dem Diebstahl (§. 376) zusammengestelltes Verbrechen: eine Entwendung mittelst Gewalt an Personen. Dieser Ansicht des gemeinen Rechtes ist das Gesetzbuch treu geblieben, jedoch mit der Abweichung, daß die negative Bestimmung: ohne die Person zu tödten, wegfällt, da es den Raubmord als ein selbstständiges Verbrechen nicht mehr aufgenommen hat; ferner mit der wesentlichen Abänderung, daß es den Begriff des Verbrechens auf den Fall ausdehnt, wenn der Thäter nach Vollendung des Diebstahls Gewalt anwendet, um die entwendeten Sachen fortzubringen, und die Vollendung in den Fällen, wo der Räuber körperliche Mißhandlung verübt, auch dann eintreten läßt, wenn er seinen Zweck der Entwendung noch nicht erreicht hat.

§. 410. „Wer den Diebstahl einer Sache dadurch bewerkstelligt hat, daß er den Inhaber derselben, oder andere am Orte der That anwesende Personen durch angewendete thätliche Gewalt, oder durch angewendete, mit der Gefahr unverzüglicher Verwirklichung verbundene Drohungen mit Tödtung oder schweren körperlichen Mißhandlungen, oder durch andere, zur Erregung gegründeter Besorgnisse für Leib oder Leben geeignete Handlungen, zur Ueberlassung der Sache nöthigte, wird als Räuber bestraft."

§. 411. „Wenn die Vollendung eines Diebstahls, oder das Fortbringen der entwendeten Sachen von dem Diebe, der hiebei betreten wurde, dadurch bewirkt worden ist, daß er thätliche Gewalt, oder Drohungen, oder andere, eine Nöthigung enthaltende, Handlungen der im vorhergehenden §. 410 bezeichneten Art angewennet hat, so ist er ebenfalls des Raubes schuldig."

Zum Thatbestande des Raubes gehört hiernach:

Thatbestand.

1) als Subjekt des Verbrechens: eine Person, welche im Begriffe ist, sich einer fremden, beweglichen Sache in diebischer Absicht zu bemächtigen;
2) die Anwendung von Gewalt gegen Personen, welche der Ausführung jenes verbrecherischen Vorhabens wirklich Hindernisse entgegensetzen, oder doch entgegensetzen können.
3) Als nächster Zweck der Gewaltthätigkeit: die Ueberwältigung des wirklichen, beziehungsweise die Unterdrückung des möglichen (präsumtiven) Widerstandes.
4) Als entfernter (oder Hauptzweck) der Gewaltanwendung: die Vollendung des Diebstahles, beziehungsweise die Sicherstellung des Fortbringens der entwendeten Sachen im Falle der Betretung auf der Fortschaffung derselben.

§. 50.

Zu 1 §. 49. Wer sich eines Raubes schuldig macht, begeht ein doppeltes Unrecht: er vergreift sich an der Sache und an der Person; an der ersten, indem er sich dieselbe widerrechtlich — anim. lucri fac. — zueignet, an der letzten, indem er das Recht der Persönlichkeit verletzt.

In der ersten Beziehung hat der Raub alle in §. 42 dieser Abhandlung aufgezählten Charaktere mit dem Begriff des Diebstahls gemein, zu welchen sich sohin in der letzten

*) Ganz ohne Zweifel in so lange, bis sie auf gesetzlichem Wege außer Anwendung gesetzt sein wird. Uebrigens gibt es noch mehr Fälle, in welchen die Untersuchungen durch gemischte Commissionen gemeinschaftlich zu führen sind. Vergl. Annalen XI., 365. D. R.

**) S. Annalen XVIII. No. 11. 12 u. 18.

Beziehung noch jene sub. 2, 3 und 4 (§. 49 oben) gesellen.*)

Zu 2, 3 und 4 §. 49.

Die Gewalt, von deren Anwendung die Rede ist, ist entweder

a) eine physische, auf die Ueberwältigung der entgegenstehenden körperlichen Kräfte, oder

b) eine psychologische (durch Drohung) auf die Ueberwindung des Willens gerichtet.

Was nun die physische Gewalt anbetrifft**), so offenbart sich dieselbe a) in körperlichen Mißhandlungen, b) bei Handlungen, welche keine körperliche Mißhandlung enthalten. In dem ersten Falle genügt das blose Vorhandensein solcher Ausflüsse der physischen Gewalt; in dem zweiten Falle genügt es damit, daß sie jenen Höhegrund erreichte, welcher den Umständen, unter welchen und dem verbrecherischen Zwecke, zu welchem sie angewendet wird, entspricht.***)

Eine psychologische Gewalt (im Gegensatz zu der physischen und thätlichen oder körperlichen Gewalt) wird nur angenommen 1) wenn mit Tödtung oder schweren körperlichen Mißhandlungen gedroht wird, und damit die Gefahr unverzüglicher Verwirklichung verbunden ist, 2) wenn die Nöthigung durch andere die Stelle der Drohung vertretende Handlungen auf eine Gefahr für Leib und Leben erregende Weise erfolgt. (Vergl. §. 278 d. Strafgesb.)

Ob eine Drohung (dieselbe bestehe nun in Worten, Gebehrden oder andern Handlungen) von dieser Beschaffenheit sei, hängt von den Verhältnissen des concreten Falles ab. Dem Richter werden bei der Beurtheilung dieser Verhältnisse zwei Wahrheiten nicht entgehen:

Erstens: daß es nur auf die vom Gesetz bezeichneten Uebel ankömmt;

Zweitens: daß die Drohung nicht blos ein Bestimmungsgrund, sondern ein hinreichender Nöthigungsgrund für die Person, auf deren Willensbestimmung eingewirkt wird, sein soll.

Ein solcher Nöthigungsgrund ist z. B. in der Drohung des Arztes, seinem Patienten die Kunsthülfe zu entziehen, nicht enthalten, wenn noch andere Aerzte in der Nähe sind, deren Hilfe sich der Patient bedienen kann, und nur die Vorliebe oder das Vorurtheil, daß nur diesem Arzt die Cur gelingen werde, ihn bestimmte, jener Drohung durch Ueberlassung der Sache, die jener sich widerrechtlich zueignen will, Folge zu geben. (Man vergl. übrigens den §. 659 des Str.Ges.B. den Amtsmißbrauch im Allgemeinen, sodann den §. 542 den Mißbrauch der Heilkunst insbesondere, und den §. 422 die Drohung zum Zwecke einer Erpressung betr.)

Völlig wehr- und willenlose, desgleichen solche Personen, welche den Besitz freiwillig oder durch Arglist und Täuschung verleitet, aufgeben, oder ungeachtet der Gleichheit oder der Ueberlegenheit ihrer körperlichen Kräfte in Fällen, wo sie des Erfolges gewiß sind und für Leib und Leben nichts zu befürchten haben, der gegen sie gerichteten physischen Gewalt keinen ernsthaften Widerstand entgegensetzen, können wohl bestohlen, aber nicht beraubt werden, weil das Verhältniß der Gewalt zu dem Diebstahl, wie das Gesetz solches voraussetzt, diesen Personen gegenüber nicht besteht.

Gleichgültig dagegen ist es, ob die Person die Sache in Folge der Nöthigung dem Räuber blos überläßt oder übergibt.

---

*) Motive zu §. 371 und 372, Seite 109—110 des Entwurfs: „Der Raub enthält einen doppelten verbrecherischen Angriff, einen Angriff gegen die Person und gegen das Eigenthum zugleich. Er gehört zu der Klasse derjenigen Gewaltthätigkeiten, welche das Gesetz mit einem eigenen Namen bezeichnet und besonders mit Strafe bedroht hat."

Ueber den Unterschied zwischen Raub und Erpressung s. §. 51 oben. Ueber die Ausführung des Raubes durch eine Bande den §. 482 des Strafgesetzbuchs.

**) Die Gewalt äußert sich in: 1) Handlungen, welche eine körperliche Mißhandlung der Person; 2) in Handlungen, welche den Ausdruck der Drohung mit Tödtung und schwerer Mißhandlung; 3) in Handlungen, welche weder das Eine, noch das Andere, und dennoch einen Nöthigungsgrund zum Thun, Leiden oder Unterlassen enthalten. Die Handlungen der zweiten Art fallen unter den Gesichtspunkt des psychologischen Zwanges.

***) Bohm, Comm.-Bericht S. 20: „Es kann schon in den Umständen, unter welchen die Handlung geschieht, auch wenn keine thätliche Gewalt, keine Drohung gegen die Person angewendet wird, der hinreichend gerechtfertigte Grund zu einer ernstlichen Besorgniß für Leib und Leben liegen, welche den darein Versetzten oft mehr und schneller überwältigt, als ein wirklicher Angriff auf seine Person oder eine eigentliche Drohung, und welche ihn bestimmt, sich jedes, auch des geringsten Widerstandes zu enthalten, z. B. wenn eine große Anzahl (selbst unbewaffneter) Männer die Chaise anhält, solche umringt, und ohne sich um die darin sitzende Person weiter zu bekümmern, als daß sie solche wegen etwaigen Widerstandes beobachtet, die Koffer abschneidet. Auch der von dem Abgeordneten von Rottek berührte Fall der höflichen Abforderung einer Sache durch einen oder mehrere wohlbewaffnete Räuber dürfte hier anzuführen sein."

Schriftliche Drohungen und die Drohung mit zukünftiger Mißhandlung schließt das Gesetz aus. *)

Fehlt es an der gesetzlichen Intensität der angewendeten Gewalt, so wird die That als Diebstahl abgewandelt. Liegen überhaupt keine körperlichen Mißhandlungen und keine Drohungen der § 410 bezeichneten Art, sondern Handlungen anderer Art vor (z. B. der Thäter entfernt den Eigenthümer von der Sache, indem er die sich ihm darbietende Gelegenheit benützt, um ihn einzuschließen) so tritt ebenfalls die Strafe des Diebstahls ein, jedoch nur in der Voraussetzung, daß die geraubte Sache von geringem Werthe ist und das verbrecherische Unternehmen nicht unter den §. 414, 1—4 angeführten erschwerenden Umständen stattgefunden hat. (§. 385, No. 14 und 416 des Str.Ges.B. **). Welche Sache von geringem Werth sei, sagt das Gesetz nicht, insofern man von der Bestimmung, §. 397, welche sich auf Feld- und Gartenfrüchte bezieht und von dem §. 477 (nach welchem die erste und zweite, nicht unter erschwerenden Umständen verübte Entwendung, wenn der Werth des Gegenstandes einen Gulden nicht übersteigt, desgleichen mehrere zusammentreffende Entwendungen, deren Werth zusammengenommen, nicht einen Gulden übersteigt, nur polizeilich geahndet werden) absieht.

Es entscheidet also auch hier das richterliche Ermessen, welchem die Praxis Anhaltspunkte gewähren wird.

Ebenso kann eine Gewaltthätigkeit vor, während oder nach der Besitzentziehung — z. B. zur persönlichen Vertheidigung im Falle der Betretung — verübt, wohl das Vorhandensein eines gefährlichen Diebstahls oder eine materielle Concurrenz begründen, keineswegs dagegen den Raub, wenn sie sich nicht zu dem Diebstahl, beziehungsweise dem Fortbringen gestohlener Sachen, wie das Mittel zum Zweck verhält. *)

Die Gewalt muß endlich gegen den Inhaber der Sache oder gegen Andere am Ort der That anwesende Personen gerichtet sein. **)

Auch der s. g. gewaltsame Tausch ist als Raub zu betrachten. ***) (Forts. folgt.)

---

*) Darum muß bei jenen andern Besorgniß für Leib und Leben erregenden Handlungen, welche keine körperliche Mißhandlung und keine thätliche Gewalt, die keinen wirklichen Angriff auf die Person, wohl aber (s. oben lit. B. 12 und das Note **) von Bohm angeführte Beispiel) den Ausdruck einer Drohung enthalten, nicht nur die Gefahr für Leib und Leben, sondern auch die Gefahr unverzüglicher Verwirklichung vorhanden sein. Man wollte durch diesen Zusatz den §. 371 des Entwurfes verbessern, hat aber nach meiner Meinung diesen Zweck keineswegs erreicht.

**) Es ist nichts natürlicher, als daß da, wo ein Verbrechen aus zwei Verbrechen (Gewaltthätigkeit und Diebstahl) zusammengesetzt ist, wenigstens das eine, welches übrig bleibt, wenn das andere wegen Mangels der gesetzlichen Voraussetzungen wegfällt, bestraft werde. Fällt der Diebstahl weg, so können sogar mehrere Verbrechen zusammentreffen, z. B. bei der Entziehung einer Urkunde, das Verbrechen der Gewaltthätigkeit und der rachsüchtigen Beschuldigung.

---

*) „Die Gewalt mußte als Mittel für den Zweck angewendet worden sein, den gefundenen oder besorgten Widerstand gegen die beabsichtigte diebische Besitznahme oder gegen die Vollendung derselben zu überwältigen, oder unmöglich zu machen. Wurde sie vom Thäter als Mittel für einen andern Zweck angewendet, z. B. zur Vertheidigung seiner Person gegen diejenigen, von denen er bei der That überrascht wurde, nicht aber zur Vollendung der Besitznahme, oder zur Fortbringung der entwendeten Sachen, so fällt die That nicht unter den Begriff des Raubs."

Motive zu 371 und 372 des Entw. S. 112, 5.

**) Eine blos an Sachen, wenn auch in diebischer Absicht, verübte Gewalt fällt nicht unter den Begriff des Raubs, sollte sie gleich auch der Person selbst fühlbar geworden sein. Wer dem andern eine Sache gewaltsam wegnimmt, z. B. die Uhr aus der Tasche, den Hut vom Kopf reißt und damit entflieht, ist nicht als Räuber, sondern nur als Dieb zu bestrafen." Motive a. a. O. S. 111, 1.

Der Thäter benützt in dergleichen Fällen das Mittel der Ueberraschung, welches ihn der Nothwendigkeit enthebt, Gewalt gegen die Person anzuwenden.

***) „Die bekannte Streitfrage: ob der s. g. gewaltsame Tausch d. i. der Fall, da der Thäter einem Andern eine Sache in der Form des Raubs entrissen, und eine eigene Sache von gleichem oder höherem Werth dafür hingegeben hat, als Raub zu betrachten sei, ist nach dem Entwurfe unbedingt zu bejahen. — Das Hauptmoment der Strafbarkeit, die Verletzung der Sicherheit der Person, ist in diesem Falle gewiß vorhanden." Motive a. a. O. S. 114 u. 115.

Es ist jedoch dieses Moment nicht das einzige, worauf es bei dem Raube ankömmt. Der anim. lucri fac., welcher nicht minder, wenn auch nicht das Hauptmoment, doch ein wesentliches Erforderniß des Thatbestandes nach §. 410 bildet, muß daher ebenfalls vorhanden sein, wenn man den gewaltsamen Tausch als Raub bestrafen will. Tittmann a. a. O. §. 506 S. 367 und 369. Grollmann a. a. O. §. 234. v. Feuerbach a. a. O. §. 357. Abregg a. a. O. §. 376. Henke a. a. O. (3. Th. S. 153 und 154) schließt zwar die gewinnsüchtige Absicht auch hier nicht aus, dagegen nimmt er, wie mir scheint, mit Unrecht an, daß das Vorhandensein derselben sich selbst dann nicht bezweifeln lasse, wenn der Thäter den höchsten Kaufpreis oder eine Sache von entschieden höherm Werth zurückläßt.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. | No. 27. | Mannheim, 5. Juli 1851.

I.

Die Verbrechen des neuen Strafgesetzbuches. Begriff und Thatbestand.

(Fortsetzung.)

XIX.

§. 51.

Vollendung.

§. 413. „In den Fällen wo der Räuber körperliche Mißhandlung verübte, tritt die Strafe des vollendeten Raubes ein, wenn auch die beabsichtigte Entwendung selbst nicht vollbracht worden ist."

Das Gesetz ist davon ausgegangen, daß die Verletzung der Person das Hauptmoment der Strafbarkeit bilde, und daß es demnach eine diesem Gesichtspunkt nicht entsprechende Schonung des Verbrechers wäre, wenn man bei der Frage der Vollendung darauf Rücksicht nehmen wollte, ob er die beabsichtigte Entwendung einer vielleicht nur unbedeutenden Summe vollbracht habe oder nicht. *)

Man muß daher unterscheiden:

1) es hat bereits eine körperliche Mißhandlung der Person (durch Würgen, Schlagen, Verwunden, Knebeln, Niederreißen, Festhalten, Binden u. drgl.) statt gehabt;

2) die Person, gegen welche der Angriff gerichtet war, wurde körperlich nicht mißhandelt.

In dem ersten Falle ist der Raub mit der wirklichen Zufügung körperlicher Mißhandlung, in dem zweiten Falle mit der Vollbringung des Diebstahls vollendet, demnach, wenn der Thäter den Hauptzweck noch nicht erreichte, nur als Raubversuch zu behandeln. *)

Der §. 411 erweitert den Begriff des Raubes, den Begriff der Vollendung hingegen alterirt er nicht.

Besondere Erschwerungsgründe.

Als solche bezeichnet der §. 414:

1) „wenn der Thäter den Raub mit Waffen verübt hat, oder

2) zur Nachtzeit in einem bewohnten Gebäude oder in Räumen, welche dazu gehören (§. 381 No. 2); oder

3) in der Vereinigung mit Einem oder mehreren Andern; oder

4) wenn er zur Verübung des Raubes in der in §. 381 No. 2 bestimmten Art eingebrochen oder eingestiegen ist."

(Vergl. den §. 482. Die Verübung des Verbrechens durch Räuberbanden betr.) (Forts. folgt.)

---

*) Die Strafe dieses Verbrechens richtet sich darum vorzugsweise nach den Folgen der Mißhandlung bezüglich auf das Leben, die Integrität des Körpers und der Gesundheit der Person, welche der Mißhandlung ausgesetzt war, sodann nach der Intensität der Leiden, welche ihr verursacht wurden und nach dem Verhältniß der Zurechenbarkeit des eingetretenen Erfolges.

(§. 412 I. – IV d. Str.Ges.B.)

Damit ist aber keineswegs ausgeschlossen, daß nicht auch auf die Größe des Schadens am Eigenthum bei Ausmessung der Strafe Rücksicht genommen werde. Die Nothwendigkeit, dieses secundäre Moment der Strafbarkeit nicht außer Anschlag zu lassen, ergibt sich schon aus allgemeinen Grundsätzen. (§. 150 des Str.G.B.) In Consequenz mit dieser aus dem Hauptmomente der Strafbarkeit (Verletzung der Person) abgeleiteten Bestimmung mußte der §. 413 dem Merkmale, welches sich bei der Beeinträchtigung des Vermögens durch Diebstahl oder Unterschlagung geltend macht, ein weiteres der Gewaltthätigkeit entsprechendes Merkmal der Vollendung an die Seite stellen. Es enthält übrigens dieser §. nicht nur keinen Widerspruch mit der Doctrin des gemeinen Rechts, sondern vielmehr eine blose Berichtigung derselben.

M. vergl. Grolmann a. a. O. §. 234.

Tittmann a. a. O. §. 506 S. 368.

*) Bohm Commiss.-Ber. S. 22.

Motive S. 119 ll. zu §. 374 des Entw. (§. 413 d. Str.G.B.)

II.

Bekanntmachung über die Abänderungen der bürgerlichen Prozeßordnung.

Zur Beseitigung vieler Beschwerden über das Verfahren in Rechtsstreitigkeiten und zur Vereinfachung desselben ist ein Gesetz erlassen worden, welches mit dem 1. k. M. in Wirksamkeit tritt.

Die Parteien, welche keine Rechtsverständigen sind, werden hiemit auf folgende neue Bestimmungen besonders aufmerksam gemacht.

1) Das Verfahren bei den Aemtern ist so eingerichtet worden, daß die Parteien zur Ersparung großer, häufig unnöthiger Kosten ihre Rechtsangelegenheiten in der Regel selbst und durch persönliches Erscheinen vor Gericht ohne Beizug von Anwälten besorgen können.

Der Richter ist angewiesen, die Verhandlungen beim Erscheinen der Parteien so zu leiten, und diese durch Belehrung so zu unterstützen, daß keine Partei besorgen darf, durch Unkenntniß der Prozeßformen in Nachtheil zu kommen und darum eines Anwalts zu bedürfen.

Noch weniger darf der Richter selbst die Parteien an Anwälte weisen, statt sie anzuhören und ihr Vorbringen zu Protokoll zu nehmen. Er muß ferner die Parteien zu vergleichen suchen, da ihnen gar oft ein Vergleich nützlicher ist, als die Verfolgung des Prozesses.

§ 634 der Prozeßordnung.

2) Es ist zwar keiner Partei verwehrt, sich bei Amt eines Anwals zu bedienen, wenn aber dieses nach dem Verhalt der Sache nicht nothwendig war, so muß sie die Anwaltskosten auch im Fall des Sieges auf sich behalten.

§. 169 der Prozeßordnung.

3) Ein Verfahren mittelst wechselseitig einzureichender Schriften darf nicht mehr nach Belieben der Parteien oder ihrer Anwälte an die Stelle des persönlichen Erscheinens vor Amt treten, sondern nur mit Genehmigung des Gerichts, und diese Genehmigung darf nur gegeben werden in Prozessen, welche besonders schwierig und verwickelt sind, und dabei mehr als einen Werth von 150 fl. zum Gegenstand haben.

§§. 219, 642 der Prozeßordnung.

4) Eine Klage kann übrigens immerhin sowohl mündlich, als schriftlich vorgebracht werden, es muß aber genau darin angegeben sein, zu was der Beklagte verurtheilt werden soll, und auf welche Weise derselbe die Leistung zu der er verurtheilt werden soll, schuldig geworden ist.

§§. 218, 279 der Prozeßordnung.

5) Ebenso kann man schriftlich oder mündlich einen Zahlungsbefehl, ein Liquiderkenntniß oder eine Vollstreckung verlangen, oder ein Anrufen vorbringen. Wer für den Fall des Widerspruchs eines Zahlungsbefehls eine baldige Verhandlung wünscht, kann mit der Bitte um Erlassung eines solchen Befehls darauf antragen, daß sogleich eine Verhandlung der Sache angeordnet werde, wenn der Beklagte die Forderung nicht anerkenne.

§. 691 der Prozeßordnung.

6) Wenn die Parteien zur Verhandlung einer Sache vorgeladen werden, so haben sie nicht nur zu überlegen, was sie zur Vertheidigung vortragen wollen, sondern sie müssen auch darauf bedacht sein, für ihre Behauptungen sogleich die Beweise beibringen zu können, falls dieselben vom Gegner widersprochen werden sollten.

Sie müssen insbesondere die Papiere, welche sie hiezu gebrauchen wollen, mitnehmen, wenn sie ihnen zu Gebote stehen.

§. 630 der Prozeßordnung.

7) Die Parteien können sich auch dahin vereinigen, daß sie, statt vor Amt zu gehen und dort ihr wechselseitiges Vorbringen zu Protokoll nehmen zu lassen, dasselbe außergerichtlich zu Papier bringen oder bringen zu lassen, z. B. von einem Notar, oder wer sonst derartige Verhandlungen richtig aufzunehmen versteht. Diese Verhandlung ist alsdann dem Gericht zur Urtheilsfällung vorzulegen.

§. 222 der Prozeßordnung.

8) Ist eine Partei von dem Gerichte, wo der Prozeß geführt wird, so entfernt, daß ihre Reise zu den Verhandlungen große Kosten verursachen würde, so kann sie den Antrag stellen, daß man sie statt der Vorladung vor jenes Gericht jeweils von dem Amtsgericht, in dessen Bezirk sie wohnt, auf die Erklärungen des Gegners zu Protokoll vernehmen lasse. Wohnt sie im Auslande, so kann sie ihre Vorträge schriftlich abgeben.

§. 221 der Prozeßordnung.

9) Durch Lügen und wahrheitswidriges Läugnen sind bisher viele Prozesse angesponnen und in die Länge gezogen worden. Auch wurden zur Hintergehung der Gläubiger häufig Scheinverkäufe abgeschlossen, und andere schlechte Mittel angewendet. Derartige betrügerische Handlungen, ferner das leichtsinnige und muthwillige Schuldenmachen,

sowie anderer Seits Wucher, List und Betrug gegen die Schuldner, sind nun mit Strafe bedroht und es wird daher vor denselben gewarnt.

§§. 274 bis 276 der Prozeßordnung.
§. 2 des Strafgesetzes vom 5. Februar 1851.
§§. 452, 533 des Strafgesetzbuchs.

10) Eine weitere, für die schleunige Erledigung der Prozesse wichtige Aenderung besteht darin, daß es mit Verlegung der Tagfahrten und mit Verlängerung der Fristen strenger als bisher gehalten wird. Eine Partei muß tristige Gründe vorbringen und bescheinigen, wenn sie einen solchen Antrag stellen will.

Bei Vorladungen vor Gericht wird eine bestimmte Stunde zum Erscheinen bezeichnet und diese muß von den Parteien eingehalten werden, so wie auch die Aemter verpflichtet sind, die bestimmte Stunde möglichst einzuhalten.

§§. 229, 232 der Prozeßordnung.

11) In den Folgen der Versäumung der Fristen und Tagfahrten sind ebenfalls wesentliche Aenderungen eingetreten. Schon das erstmalige Versäumen einer Frist oder Tagfahrt ist mit Nachtheilen verbunden, und die Parteien werden daher, wenn sie sich überhaupt vertheidigen und ihre Sache nicht aufgeben wollen, gemahnt, sich keine Versäumniß zu Schulden kommen zu lassen, denn nur unabwendbare Hindernisse können dieselben entschuldigen und die Nachtheile wieder aufheben.

§. 608 ff. der Prozeßordnung.

12) Wer einen Zahlungsbefehl erhält und das, was an ihn gefordert wird, nicht schuldig zu sein glaubt, muß in allen Fällen binnen längstens acht Tagen erklären, daß er eine gerichtliche Verhandlung der Sache verlange, worauf alsdann der Richter das Weitere verfügen wird.

Wird diese Erklärung innerhalb acht Tagen nicht abgegeben, so kann der Kläger ein Liquiderkenntniß verlangen.

§. 691 der Prozeßordnung.

13) Wer sich wegen Verzögerung einer Sache über das Amt beschweren will, kann dieses mittelst einer einfachen schriftlichen Eingabe beim Hofgericht ohne Beizug eines Anwalts thun, und wenn seine Beschwerde begründet ist, wird das Hofgericht ernstlich einschreiten.

§. 1206 der Prozeßordnung.

14) Auch für die Appellationen sind bei minder wichtigen Streitigkeiten Vereinfachungen des Verfahrens eingetreten und die Parteien werden hierüber bei der Urtheilseröffnung jeweils von den Aemtern belehrt werden.

§. 1184 ff. der Prozeßordnung.

15) Zum größten Nachtheil für den Kredit vieler Gemeinden des Landes ist das Vollstreckungsverfahren nicht mit der erforderlichen Kraft und Raschheit betrieben und gar häufig sind die Gläubiger mit ihrer Befriedigung nicht nur böswillig hinausgezogen, sondern förmlich und betrügerisch zum Besten gehalten worden.

Es sind deßhalb auch in dieser Beziehung wesentliche Aenderungen beschlossen worden, worüber das Nähere durch die Vollzugsverordnungen über die Vollstreckungsbeamten und deren Verfahren zur Kenntniß kommen wird.

Karlsruhe, den 21. Juni 1851.

Großherzogliches Justizministerium.

Stabel.

Ullmann.

III.

Ueber die Vollstreckbarkeit der Urtheile französischer Gerichte in Baden.

Johann Bauer in Strasburg kaufte mittels Notariatsakt vom 2. Mai 1845 das sog. Binsenfeld auf der Rheininsel Plittersdorf, welche auf der badischen Seite gelegen ist und zu dem Bezirk des Oberamts Rastadt gehört. Bei diesem Kauf betheiligte sich Dr. med. Deiß in Seltz zu einem Drittel. Nach der unter beiden Theilhabern weiter genommenen Absprache pachtete der letztere die übrigen zwei Dritttheile auf mehrere Jahre. Allein er zahlte weder das schuldige Drittel am Kaufpreis noch die Pacht für die übrigen zwei Drittel, weßhalb Johann Bauer bei dem Bezirksgericht Weissenburg, in dessen Sprengel der Ort „Seltz" gelegen ist, eine Klage auf Auflösung des Gesellschafts- und Pachtvertrags und auf Räumung der Liegenschaften anstellte. Der Beklagte erschien nicht, und es erging unter dem 15. März 1848 ein Versäumungserkenntniß. Nach Art. 156 des Code de pr. müssen Urtheile auf Nichterscheinen innerhalb sechs Monaten vollzogen werden, sonst verlieren sie alle Gültigkeit. Bauer ließ deßhalb bei dem Oberamte Rastadt auf den Grund des zwischen Frankreich und Baden unter dem 16. April 1846 abgeschlossenen Staatsvertrags (Reggbl. 1846

No. 24) um den dort vorgeschriebenen Beisatzbefehl antragen, welcher auch den 3. August 1848 ertheilt wurde. Die dagegen erhobene Einsprache des Dr. Deiß wurde den 23. Sept. 1848 verworfen. Dieser ergriff die Appellation und erwirkte bei dem großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises ein abänderndes Erkenntniß vom 29. Mai 1849, welches folgendermaaßen motivirt wurde:

„Die Einsprache des Beklagten gegen den vom Oberamt Rastadt unter dem 3. August v. J. erlassenen Beisatzbefehl zum Urtheil des französischen Erstinstanzgerichts in Weissenburg vom 15. März v. J. ist rechtlich begründet, und zwar zunächst in L.R.S. 3, welcher durch den Staatsvertrag mit Frankreich vom 16. April 1846, Reggsbl. No. 24 weder abgeändert wurde, noch abgeändert werden konnte.

Durch Art. 1 dieses Vertrags haben sich nämlich die beiden Staaten unzweifelhaft darüber vereinigt, daß der materielle Inhalt des Urtheils, welches ein nach Maaßgabe des Art. 2 zuständiges Gericht erließ, von dem um Vollzug, beziehungsweise Erlassung des Beisatzbefehls angegangenen Gerichte des anderen Staates nicht mehr wie früher einer nochmaligen Prüfung unterworfen werden soll. Ebensowenig kann es aber nach Ansicht des Art. 2 desselben Vertrags einem Zweifel unterliegen, daß das Gericht, welches den Vollzug anzuordnen hat, berechtigt und verpflichtet ist, die Zuständigkeit des urtheilenden Gerichtes zu prüfen.

Es geht dies nicht minder deutlich aus der deutschen als aus der französischen Fassung dieses Artikels hervor, welcher, wenn die gegentheilige Behauptung des klägerischen Anwalts richtig wäre, nicht von Anerkennung der Zuständigkeit sprechen dürfte, sondern lediglich bestimmen müßte, daß das Urtheil für vollziehbar zu erklären sei, sobald das urtheilende Gericht seine Zuständigkeit auf einen der in diesem Artikel genannten Gerichtsstände gebaut habe.

Es bedarf übrigens kaum der Andeutung, daß durch eine solche Fassung der Hauptzweck dieser Vertragsbestimmung vereitelt wäre, indem das urtheilende Gericht schon durch Erlassung des Urtheils über seine Zuständigkeit erkannt hätte.

Erwägt man ferner, daß das Versäumungserkenntniß des Erstinstanzgerichts zu Weissenburg vom 15. März v. J., soweit dasselbe nunmehr im Inland vollzogen werden soll, nach französischem Recht über Liegenschaften aburtheilt, welche nach dem Inhalt des Urtheils selbst und den eigenen Behauptungen des Klägers in der Gemarkung Plittersdorf, Oberamt Rastadt, und in dem Hoheitsgebiet des Großherzogthums Baden belegen sind, daß auch nirgends behauptet wurde, daß diese Liegenschaften etwa zur Zeit der Klagerhebung oder der Urtheilsfällung unter französischer Landeshoheit standen, daß aber nach L.R.S. 3, Liegenschaften, auch jene nicht ausgenommen, welche Ausländer inne haben, in allen Fällen nach inländischen Gesetzen gerichtet werden sollen, so kann dieses Urtheil, soweit es inländische Liegenschaften betrifft, nicht als ein solches gelten, das vom zuständigen Gerichte (Art. 2 des Staatsvertrags) erlassen wurde, und ebensowenig für vollziehbar erklärt werden, als das Urtheil eines inländischen Gerichts in Bezug auf französische Liegenschaften. Pr.O. §§. 45—48. 951.“

Gegen dieses Urtheil wurde kein Rechtsmittel ergriffen, weil Dr. Deiß unterdessen gegen das Versäumungserkenntniß des Bezirksgerichts Weissenburg Opposition eingelegt, d. h. Wiederherstellung nachgesucht hatte. Der Prozeß wurde nunmehr vollständig verhandelt und endigte mit der definitiven Verurtheilung des Beklagten. Nachdem dieses unterm 20. Juli 1849 erlassene Urtheil die Rechtskraft beschritten hatte, wurde bei dem Oberamt Rastadt die Vollstreckung desselben resp. der hiezu erforderliche Beisatzbefehl nachgesucht, welcher jedoch unter Bezug auf die hofgerichtliche Entscheidung vom 29. Mai 1849 abgeschlagen wurde. Auf ergriffene Berufung bestätigte das Hofgericht des Mittelrheinkreises das amtliche Erkenntniß aus folgenden Gründen:

„Das vorliegende Urtheil des französischen Tribunals zu Weissenburg bestätigt im Wesentlichen das Versäumungserkenntniß des nemlichen Gerichts vom 15. März 1848 dessen Nichtvollziehbarkeit in Baden bereits durch das diesseitige Urtheil vom 29. Mai v. J. ausgesprochen worden ist.

Dieses Urtheil verfügt nemlich, wie das gedachte Versäumungserkenntniß, daß der Beklagte die in diesem bezeichneten Liegenschaften, welche unter badischer Landeshoheit stehen und in dem Bezirke des Oberamts Rastadt gelegen sind, an den Kläger abzutreten habe.

„ Ein solches Urtheil eines französischen Gerichts kann nicht als zuständig erlassen betrachtet werden, weil nach L.R.S. 3 die Liegenschaften, auch jene nicht ausgenommen, welche Ausländer inne haben, in allen Fällen nach den inländischen Gesetzen gerichtet werden müssen; oder mit andern Worten, daß zur Verhandlung und Entscheidung von Streitigkeiten über Liegenschaften des Inlandes nur die inländischen Gerichte zuständig sind. Es findet dieser Grundsatz, da das Gesetz nicht unterscheidet, nicht nur bei dinglichen Klagen, sondern auch bei streitigen Vertragsverhältnissen über solche Liegenschaften statt.

Daß dem so sei, bestätigt auch der §. 13 des 6. Constitutionsedikts, welcher bezüglich auf ausländische Liegenschaften ausdrücklich verfügt, daß der inländische Richter sich hier gar keine Competenz anmaßen soll, damit nicht gegen die Souveränität des fremden Staats angestoßen werde.

Was hier über ausländische Liegenschaften gesagt ist, muß umgekehrt auch von inländischen gelten.

Stabel, Vorträge über das französische und badische Civilrecht S. 74 und 75.

Aus diesem Grunde wäre auch eine Prorogation, wenn sie auf das Weissenburger Gericht statt gefunden hätte, für die badischen Gerichte nicht zu beachten, weil der L.R.S. 3 eine Prorogation auf ein ausländisches Gericht ausschließt. Dieser Ansicht steht auch der Staatsvertrag zwischen Frankreich und Baden vom 16. April 1846 Reggsbl. No. 24 nicht entgegen.

Dieser Staatsvertrag wollte und konnte bestehende gesetzliche Vorschriften nicht aufheben oder abändern. Er gedenkt des L.R.S. 3 auch gar nicht, sondern überläßt es den Gerichten, die Zuständigkeit desjenigen Gerichts, dessen Urtheil vollziehbar erklärt werden soll, nach Maaßgabe der bestehenden Gesetze zu prüfen. Es wird in dem Artikel 2 desselben angeführt, welche Gerichtsstände überhaupt anerkannt werden sollen; ob aber in dem einzelnen Falle der Gerichtsstand, auf welchen das urtheilende Gericht seine Zuständigkeit gebaut hat, begründet sei, ist der Prüfung des um einen Beisatzbefehl angegangenen Gerichts überlassen.

Aus diesen Gründen wurde wie geschehen erkannt."

Gegen dieses Urtheil wurde die Oberberufung ergriffen, bei deren Rechtfertigung es sich zunächst darum handelte, darzuthun, daß das großh. Hofgericht dem Art. 3 eine unrichtige Anwendung gegeben habe, was trotz der beiden übereinstimmenden Urtheile nicht einmal sehr schwierig war. Denn wenn Art. 3 dem badischen Richter eine Vorschrift darüber gibt, nach welchen Gesetzen er einen Streit über Liegenschaften, die im Inlande belegen, aber einem Ausländer zugehörig sind, zu entscheiden habe, so bestimmt doch dieser Artikel gar nichts darüber, welcher Richter zur Entscheidung eines solchen Streits competent sein soll, indem diese Frage dem Prozeßgesetzbuch anheim gestellt bleibt. Man könnte vielleicht entgegnen, der Gesetzgeber mußte nothwendig die Competenz eines ausländischen Gerichts ausschließen, wenn er die in Art. 3 aufgestellte Regel consequent durchführen wollte; dieser vermeintlichen Consequenz kann aber ein anderes Interesse gegenüber stehen, welches den Gesetzgeber bestimmen konnte, die Consequenz zu opfern, um einen andern Zweck zu erreichen. Ein Staatsvertrag über gegenseitige Vollziehung der Urtheile dient zur Erleichterung und Beförderung des Verkehrs zwischen zwei Staaten. Kann oder darf der Gesetzgeber dieses Interesse nicht höher stellen, als dasjenige, auf welchem die Vorschrift des Art. 3 beruht? Und dieses ist wohl unstreitig bei den beiden contrahirenden Regierungen der leitende Gedanke, da sie in dem abgeschlossenen Staatsvertrag nicht allein den Urtheilen unter bestimmten Voraussetzungen gegenseitig die Vollziehbarkeit zusicherten, sondern auch allen Urtheilen, ohne Unterschied, richterliches Pfandrecht einräumten. Es scheint aber das großh. Hofgericht darüber im Zweifel gewesen, ob die badische Staatsregierung, ohne Zustimmung der Stände, den Art. 3 abzuändern befugt gewesen sei. Dieser Zweifel wird durch § 951 der Pr.-O. beseitigt. Es hat deßhalb auch das großh. Oberhofgericht durch Urtheil vom 3. April d. J. den erbetenen Beisatzbefehl ertheilt. Die Entscheidungsgründe, soweit sie hieher gehören, lauten folgendermaaßen:

„Dem Begehren des Klägers steht L.R.S. 3, Abs 2, auf welchen das hofgerichtliche Erkenntniß sich stützt, nicht entgegen. Abgesehen davon, ob nicht diese Vorschrift, sofern sie auf Klagen bezogen wird, nur auf rein dingliche Klagen und Rechtsverhältnisse Anwendung finde, zu welchen aber die vorliegende nicht gehört, indem blos aus Verträgen mit dem Beklagten abfließende Ansprüche verfolgt

werden, (Auflösung eines Vertrags und Pachtschuldigkeiten) schreibt der S. 3, Abs. 2 nur vor, daß die Liegenschaften, auch wenn Ausländer sie inne haben, nach den inländischen Gesetzen behandelt werden sollen.

Dadurch wird nicht auch die Gerichtszuständigkeit bestimmt, und die Competenz ausländischer Gerichte schlechthin ausgeschlossen, sowenig als durch die Vorschrift, daß die Statusrechte, die Volljährigkeit ꝛc. betreffend, dem Unterthanen überall in das Ausland folgen, die Competenz der ausländischen Gerichte in Streitigkeiten, wo jene in Frage kommen, unbedingt ausgeschlossen wird; vielmehr wird allgemein angenommen, daß die Prüfung solcher Fragen auch den ausländischen Gerichten zustehe, nur aber von dem ausländischen Gerichte jene Eigenschaften nach den Gesetzen des Heimathsstaats zu beurtheilen seien.

Vergl. Zachariä, Handbuch Bd. 1. §. 21.

Der L.R.S. 3 ist demnach gar nicht im Widerstreit mit dem Staatsvertrag, indem jener die aus dem Souveränitätsrecht und dominium eminens des Staats fließende Vorschrift giebt, daß die in Beziehung auf Liegenschaften im öffentlichen Interesse erlassenen Anordnungen beobachtet werden müssen, auch wenn die Liegenschaften im Besitze von Ausländern sind, während dagegen die Gerichtsordnung und der hier einen Theil derselben bildende Staatsvertrag bestimmt, welche Gerichte zuständig seien, und was zur Vollstreckung der Erkenntnisse ausländischer Gerichte erforderlich sei. Daß aber das Staatsinteresse unbetheiligt, und es für solches gleichgiltig sei, ob die fragliche Liegenschaft in der Hand des Ausländers Bauer oder Deiß sich befinde, ist wohl nicht zu bezweifeln, sowie es sich auch von selbst versteht, daß jenes ausländische Erkenntniß auch nach Ertheilung des diesseitigen richterlichen Beisatzbefehls den Rechten Dritter an den im Streit begriffenen Liegenschaften nicht präjudiziren kann.

Daß nur diese Auslegung des Staatsvertrags und nicht jene der Richter der vordern Instanzen die richtige sei, geht auch daraus hervor, daß man sonst nach Ansicht des §. 952 der Pr.O. zu der Ungereimtheit käme, daß durch den Staatsvertrag der Franzose in Beziehung auf die Vollstreckung richterlicher Urtheile schlimmer gestellt wäre, als ohne denselben, während doch gerade das Gegentheil von den contrahirenden Regierungen bezweckt wurde.

L.R.S. 1156.

Der Art. 13 des VI. Constitutions-Edicts kann ebenfalls nicht entgegen gehalten werden, weil, wenn auch daraus nach dem Grundsatze der Reciprocität gefolgert werden mag, daß über Liegenschaften in Baden betreffende Klagen nur badische Gerichte erkennen sollten, der Staatsvertrag dies gerade geändert hat, und nach den bestehenden Gesetzen (§§. 50 und 951 der Pr.O.) ändern konnte."

Dr. Ladenburg.

IV.

Die Anwünschung seines natürlichen anerkannten Kindes ist gestattet. L.R.S. 343.

Das Gesetz vom 21. Feb. 1851, die Ernährung unehelicher, nicht anerkannter Kinder betr., (Reggsbl. S. 173) welches im §. 1 das Verbot des L.R.S. 908 auf Kinder aus Ehebruch oder Blutschande und auf dasjenige natürliche Kind beschränkt, mit welchem ein oder mehrere eheliche Kinder zusammentreffen, hebt nunmehr auch den letzten Zweifel der sehr bestrittenen Frage, ob ein Elterntheil sein natürliches von ihm anerkanntes Kind anwünschen könne. Gegen die Zulässigkeit einer solchen Anwünschung kann von nun an in Baden keine erhebliche Einwendung mehr vorgebracht werden.

Ich bin zwar der Ansicht, daß auch nach rein französischem Recht eine solche Anwünschung gestattet ist, daß jedenfalls schon der L.R.Z.S. 345 a. diese Frage für Baden außer Zweifel setzte. Wer aber doch auch bei uns noch in dieser Sache Scrupel haben mochte, dem sind sie nun durch das Gesetz vom 21. Februar d. J. genommen.

Es ist bekannt, daß die Frage, ob Jemand sein natürliches anerkanntes Kind anwünschen könne, in Frankreich zu einer der berühmtesten Streitfragen herangewachsen ist; berühmt schon deßwegen, weil der damalige erste Consul Napoleon selbst überhaupt das Institut der Anwünschung, insbesondere aber die Bejahung der vorliegenden Frage, namentlich gegen Tronchet im Staatsrath sehr geistreich und energisch verfocht. Seit der Verkündung des Code civil sprachen sich die meisten Gerichts-

höfe und anerkannte Rechtsgelehrte Frankreichs (z. B. Duranton, Brüsseler Ausgabe 1841 II. 293) für die Zulässigkeit einer solchen Anwünschung aus, und von einheimischen Juristen, namentlich Zachariä III. 378, Stabel VIII. Titel S. 15 und Baurittel, die Lehre von der Adoption 1827 S. 45.

Eine Aufzählung der französischen Gerichtshöfe, die sich dafür und dagegen erklärten, findet man bei Thilo das fr. C.Gesetzbuch I. S.231 und in Laukhards Rechtsfällen II. S. 299.

Erst im Jahr 1841 entschied der Cassationshof in Paris zum erstenmale die Frage direct und zwar bejahend (Sirey 1841 I. 273. An d. bad. G. X. Beiblatt No. 5); 1843 verneinte er sie (Sirey 1843 I. 177); 1846 aber kehrte er wieder zur bejahenden Ansicht zurück, und hat sie meines Wissens bis jetzt nicht wieder verlassen. (Sirey 1846 I. 273, 278 Ann. XVI. Beiblatt No. 8.)

Liest man die Discussionen über diesen Gegenstand bei Abfassung des C. c. (bei Locré z. Art. 343—370) und hält man fest, wie der Stand der Sache beim Abschluß desselben war, so muß man zur bejahenden Ansicht gelangen. Durchschlagend ist wohl der Umstand, daß die Section im Staatsrath, welche über diesen Gesetzesabschnitt vorzutragen hatte, einen Artikel einbrachte, der die Anwünschung eines natürlichen anerkannten Kindes durch den betreffenden Elterntheil unter Berufung auf den Art. 908 ausdrücklich verbot; daß aber auf die Entgegnung, dieser Artikel bilde die Regel, die Adoption eines natürlichen anerkannten Kindes aber und dessen dadurch vermehrte Erbfähigkeit die Ausnahme — der verbietende Artikel gestrichen, folglich diese Adoption zugelassen wurde.

Vortrefflich führt dieses der Generalprocurator Dupin in einer Rede aus, die er für die bejahende Ansicht bei der Verhandlung des Falles von 1841 vor dem Cassationshof hielt. Er veranlaßte unstreitig die Entscheidung in dem Sinne, wie sie erfolgte, und welche nach meiner Ueberzeugung auch die allein richtige Auslegung des C. c. in dieser Sache enthält.

Als Gründe für die bejahende Ansicht lassen sich nach badischem Landrecht folgende anführen:

1) Daraus, daß man bei den Discussionen den diese Anwünschung verbietenden Art. fallen ließ, geht hervor, daß man dieselbe zulassen wollte. Das Gesetz enthält in den Art. 343 und ff. die rücksichtlich der Adoption festgesetzten Verbote, darunter aber keines einer derartigen Anwünschung. Dies müßte aber sein, wenn sie verboten sein sollte.

2) Der Art. 908 in seiner Fassung nach dem Gesetz vom 21. Februar 1851 gestattet, seinem natürlichen anerkannten Kinde mehr zuzuwenden, als unter dem Titel von Erbschaften zugestanden ist. Da nun ein Vater (oder Mutter) einem solchen Kinde mit Ausschluß der Seitenverwandten all sein Vermögen zuwenden kann, so muß er dasselbe auch anwünschen können, da gerade die Anwünschung ein Mittel ist, Jemanden Erbrechte zu verschaffen, die er ohne diese nicht haben würde.

3) L.R Z.S. 345 a. gestattet einer volljährigen Mannsperson, ein uneheliches, von seinem Vater noch nicht anerkanntes unmündiges Kind einer Frauensperson, die sie heirathet, mit deren Einwilligung anzuwünschen. Das so angewünschte Kind erhält aber nicht blos die Erbrechte eines Adoptivkindes gegen den anwünschenden Vater, sondern auch gegen seine Mutter, von der es anerkannt ist. Es erscheint also auch als Adoptivkind seiner Mutter, und diesem Verhältniß steht die vorhergegangene Anerkennung nicht entgegen.

4) Natürliche nicht anerkannte Kinder darf man unbestritten anwünschen. Wenn nun ein Elterntheil so rechtschaffen gegen sein natürliches Kind war und es anerkannte, so muß er es auch anwünschen dürfen. Seine Rechtschaffenheit kann ihm nicht entgegen gehalten werden, sonst würde das Gesetz in die Ungereimtheit verfallen, daß es dem gewissenlosen Elterntheil, der sein natürliches Kind nicht anerkennt und es dem Schicksal preisgibt, die Wohlthat der Adoption einräumte, während es dieselbe dem gewissenhaften anerkennenden Elterntheil versagte. Im Interesse des natürlichen anerkannten Kindes muß man dessen Anwünschung zugeben, denn sonst wird dasselbe nicht anerkannt, um es einst anwünschen zu können; in der Zwischenzeit kann aber der Vater (oder die Mutter) mit Tod abgehen, und nun hat es, da es nicht anerkannt ist, gar keine Erbrechte.

5) Die Sitten und die Moralität können nicht darunter leiden — wie oft behauptet wird — sonst hätte man auch die Legitimation verbieten müssen, weil dieselbe in Aussicht stellt, schon ein Jahr nach dem Fehltritte diesen wieder gut zu machen, während die Anwünschung die Reparation in der Regel erst nach der Volljährigkeit des Kindes, also erst nach mehr als 20 Jahren möglich macht Die Legitimation wäre also — wenn die angedeutete Be-

sorgniß überhaupt begründet wäre — für die Sitten und die Moralität weit gefährlicher als die Anwünschung.

6) Die Ehelichmachung verleiht alle Kindesrechte und stellt die legitimirten den ehelichen Kindern gleich; in ihr, als dem Mehr, ist die Adoption, die nur einige jener Rechte und diese nur beschränkt gibt, als das Wenigere enthalten: da nun das Gesetz das Mehr, nämlich die Ehelichmachung der natürlichen anerkannten Kinder gestattet, so muß es auch das Wenigere, nämlich deren Anwünschung beim Vorhandensein ihrer Erfordernisse erlauben. Die Legitimation kann oft wegen des Todes des andern Theiles nicht mehr möglich, oder auch oft unförmlich geschehen sein, es muß also dem Ueberlebenden, beziehungsweise beiden Eltern doch gestattet sein, auf die noch mögliche, wenn auch dem Kind weniger günstige Weise, nämlich durch Adoption, Abhülfe eintreten zu lassen.

Aus solchen Gründen hat sich vor Kurzem auch die Regierung des Unterrheinkreises in einem Falle für die Zulassung der Adoption eines natürlich anerkannten Sohnes durch seine Mutter ausgesprochen.

Schließlich kann ich nicht umbin, eine schöne Stelle aus der oben erwähnten Rede des Generalprocurators Dupin anzuführen, womit er namentlich den Einwurf der Gegner zu entkräften suchte, und wohl auch entkräftete, daß durch Zulassung solcher Adoptionen die öffentlichen Sitten und die Moral gefährdet würden. Er sagt in dieser Hinsicht:

„Es gibt allerdings Doctrinen, deren Schlaffheit die Moral tödtet; es gibt aber auch eine übertriebene Strenge, die selbst das Recht in Unrecht verwandelt. Zwischen beide Extreme stellt sich eine wahre, barmherzige, humane, wahrhaft christliche Moral, die politisch weise, der Vervollkommnung unserer Natur, und den Bedürfnissen unserer Gesellschaft angemessen ist; eine Moral, mehr angetrieben von allgemeinen Resultaten, als geschlagen von einigen besondern Inconvenienzen; eine practische Moral, die, ohne jemals das Schlechte zu billigen, der Reue die Thüre öffnet und Fehltritte zu verzeihen weiß, wenn es sich darum handelt, sie ungeschehen zu machen. Diese Moral ist die der Gesetzgeber, deren Geist erhaben genug ist, um alle Lagen des Lebens zu umfassen. Man sieht in der Adoption eine Einrichtung, etwas gut zu machen, freilich nicht so vollkommen als durch die Legitimation, die aber verdient, daß zu ihr aufgemuntert werde." Spohn.

V.

Das Anerkenntniß eines Contocorrents genügt zur gerichtlichen Geltendmachung des Saldo's. (Ist Titel und Beweismittel.)

F. Ketterer Gant gegen R. Hilser Gant.
Oberhofgericht 1. Senat. Urtheil vom 7. Mai 1851 No. 2677.

G r ü n d e.

„Die vom großh. Hofgericht mit der Wiederherstellung des Liquidanten gegen das amtliche Ausschlußerkenntniß zugleich verfügte Abweisung der Anmeldungklage ist nicht gerechtfertigt. Die Forderung von 6379 fl. 2 kr. wird in der Klagergänzung darauf gestützt, daß der Liquidant dem R. Hilser Behufs der Abrechnung einen Contocorrent vom 15. April 1847 zustellte, wonach sich ein Saldo von 9833 fl. 1 kr. zu Gunsten des Liquidanten ergab, welchen Hilser mit Brief vom 18. Mai 1847 als richtig anerkannt habe. Es ist demnach das Anerkenntniß einer Abrechnung geltend gemacht und dieses kann als ein hinlängliches Klagfundament betrachtet werden, wenn das Rechtsgeschäft, aus welchem das Guthaben entspringt, auch nur im Allgemeinen namhaft gemacht ist. Ein solches Rechtsverhältniß ist aber genügend dadurch bezeichnet, daß der Beklagte dem Kläger während ihrer Geschäftsverbindung vom 31. Dez. 1843 bis 16. August 1847 theils durch Wechsel, theils durch Baarzahlung, theils durch Vorschüsse und endlich für gehabte Auslagen die Summe von 31,547 fl. 54 kr. schuldig geworden sei, wovon ihm der Beklagte 25,168 fl. 54 kr. bezahlt habe, mit dem Rest aber im Rückstand geblieben sei." Fr.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. No. 28. Mannheim, 12. Juli 1851.

I.

Der Karlsruher Aufruhr vom 13. Mai 1849. Haftbarkeit der Bürger und staatsbürgerlichen Einwohner einer Gemeinde für den in ihrer Mitte durch eine zusammengerottete Menge mit offener Gewalt angerichteten Schaden. Gegenseitige Assecuranz und Gesammtbürgschaft.

Jahrbücher n. F XI. 261.

In der denkwürdigen Nacht des 13. Mai 1849 wurde das in der Amalienstraße zu Karlsruhe gelegene Wohnhaus des großh. Obersten Holz und dessen innere Einrichtung von einer zusammengerotteten Menge auf vandalische Weise dergestalt beschädigt, daß es einer Ruine gleich gesehen haben soll. Nach Bewältigung der Revolution erhob der Beschädigte, gestützt auf das Gesetz vom 1. April 1848 (Reggsbl. No. XXI. S. 90) einen Entschädigungsanspruch im Gesammtbetrage von 5341 fl. 14 kr. gegen die Stadt Karlsruhe.

Die Parteien kamen jedoch nachmals überein, daß vorerst nur über die Entschädigungspflicht verhandelt und erkannt, die Liquidation des Schadens aber einem besonderen Verfahren vorbehalten werde.

Auf gepflogene Verhandlung erfolgte am 30. Januar 1850 das Urtheil des großh. Stadtamts Karlsruhe dahin:

„Die Beklagten hiesigen Einwohner, vertreten durch den Gemeinderath, seien für schuldig zu erklären, dem Kläger den durch die von einer zusammengerotteten Menge in der Nacht vom 13. Mai 1849 an und in dem Hause des Obersten Holz dahier mit offener Gewalt verübte Zerstörung, beziehungsweise Entwendung verursachten Schaden zu ersetzen und sämmtliche Kosten zu tragen 2c.

Dieses Urtheil erhielt, in Folge der vom beklagten Theil ergriffenen Rechtsmittel, am 28. Januar 1851 die hofgerichtliche und am 20. Juni 1851 die oberhofgerichtliche Bestätigung. In letzter Instanz erging jedoch das Urtheil nicht einstimmig. Die dissentirenden Vota folgen unten.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Es ist unbestritten, daß in der Nacht vom 13/14. Mai 1849 das Haus des Obersten Holz zu Karlsruhe von einer zusammengerotteten Menge mit offener Gewalt erstürmt, und daß in demselben ein bedeutender Schaden verübt worden ist. Wenn nun der Beschädigte den Ersatz dieses Schadens von der Gesammtheit der Bürger und staatsbürgerlichen Einwohner der Stadt Karlsruhe verlangt, so findet dieser Anspruch in der eben so allgemeinen als klaren Bestimmung des Art. 1 des damals bestehenden Gesetzes vom 1. April 1848 seine volle Begründung und die Beklagten sind ersatzpflichtig, sofern sie sich nicht durch Einreden zu schützen vermögen.

Denn die von Seiten der Beklagten aufgestellte Behauptung, als ob jenes Gesetz überhaupt auf die mit der Mairevolution in Verbindung stehenden, von Soldaten, namentlich an ihren Vorgesetzten, verübten Gewaltthätigkeiten schlechthin keine Anwendung finde, kann nur in so weit von Belang sein, als sie mit den der Klage entgegengesetzten Einreden zusammenfällt und aus dem Gesetze selbst begründet werden kann.

Die Haupteinrede der Beklagten besteht aber in dem Vorschützen einer höheren Gewalt, und sie glaubt ihre Ersatzverbindlichkeit durch die Behauptung ablehnen zu können, daß es nicht in ihrer Macht gelegen sei, den eingeklagten Schaden abzuwenden.

Um dieser Einrede in ihrer Allgemeinheit Eingang zu verschaffen, wird zunächst geltend gemacht, daß der Art. 5

des allegirten Gesetzes nicht nur bezüglich des Umfangs, sondern auch bezüglich der Begründung der Entschädigungspflicht auf die Vorschriften des Gesetzes v. 6. März 1845 über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und damit auch auf die gemeinrechtlichen Bestimmungen verweise, und es wird hieraus gefolgert, daß die Bestimmung des Art. 1, ihrer Allgemeinheit ungeachtet, durch die gemeinrechtlichen Vorschriften über die Entschädigungspflicht regiert und modificirt werde.

Daß dieß jedoch unrichtig ist, ergibt sich nicht nur aus der Stelle des Commissionsberichts, durch welche der Art. 5 hervorgerufen wurde, sondern auch aus dem Gesetze selbst. Dasselbe stellt sich nämlich als ein singuläres Specialgesetz dar, durch welches eine im Civilrecht nicht begründete, auch in anderen Beziehungen eigenthümliche Verbindlichkeit geschaffen werden sollte. Es konnte daher nicht die Absicht sein, zugleich in einer Weise auf die gemeinrechtlichen Vorschriften hinzuweisen, wodurch das Specialgesetz aufgehoben und dem gemeinen Rechte untergeordnet worden wäre. Es kann vielmehr der Art. 5 nur die im Commissionsbericht auch ausgedrückte Bestimmung haben, die in den vorhergehenden Artikeln im Allgemeinen festgestellte Ersatzverbindlichkeit nach Gegenstand und Umfang zu normiren, wie dieß auch der Hauptzweck des Gesetzes vom 6. März 1845 gewesen ist.

Durch die über die Verbindlichkeit zum Schadensersatz allein entscheidenden Art. 1—4 ist aber die vorgeschützte Einrede der höheren Gewalt in doppelter Weise ausgeschlossen, einmal nämlich durch die allgemein alle Fälle der Beschädigung umfassende Bestimmung des Art. 1 und sodann durch die jene allgemeine Regel befestigende einzige Ausnahme des Art. 3.

Bei diesem klaren, das Bedürfniß einer künstlichen Interpretation ausschließenden Wortlaut des Gesetzes kann aber jener Einrede auch nicht durch ein Zurückgehen auf die Motive und die vermuthliche Absicht des Gesetzgebers und durch die Behauptung aufgeholfen werden, das Gesetz sei ein auf eine unrechte That gestütztes Entschädigungsgesetz und könne beim Mangel eines Verschuldens nicht angewendet werden. Es ist dies jedoch keineswegs der Fall. Zwar ist nicht zu verkennen, daß das Gesetz darauf berechnet war, die Bürger zur Verhütung und Abwehr der in ihren Gemeinden vorkommenden Gewaltthätigkeiten anzuspornen, und es ergibt sich namentlich aus den Art. 3 und 4, daß bei Belastung der Gemeindebürger mit einer Entschädigungspflicht die Unterstellung eines Verschuldens mitgewirkt hat. Diesen Motiven ist jedoch nur ein untergeordnetes Gewicht beigelegt worden.

Als Hauptmotiv, welchem, so weit nöthig, alle anderen Rücksichten geopfert wurden, stellt sich augenscheinlich das durch die damaligen Ereignisse lebhaft angeregte Verlangen dar, den zahlreichen Opfern der aufgeregten Volksleidenschaft in Ermanglung des vergeblich angerufenen Staatsschutzes, eine prompte, nicht erst durch Prozesse zu erkämpfende Entschädigung zu sichern. Weil dieß aber nicht erreichbar war, wenn die Verbindlichkeit von der Ermittlung der unmittelbar oder mittelbar Schuldigen und in der That Entschädigungspflichtigen abhängig gemacht worden wäre, griff man in dem als die Regel angesehenen Fall der Beschädigung durch Einheimische auf die Gesammtheit der Einwohner, wie man in ähnlicher Weise im Kirchenbauedikt auf die Gemeinden, gegriffen hatte. Man sorgte, indem man aus den Gliedern der Gemeinde eine Art Assecuranzgesellschaft bildete, zunächst für Befriedigung des Beschädigten, es den Gemeinden überlassend, die Beschädigung zu verhindern, sich an deren Urheber zu halten und im schlimmsten Fall den Schaden als ein die Gesammtheit getroffenes Unglück gemeinschaftlich mit dem Beschädigten zu tragen.

Nur von diesem im Commissionsbericht auch herausgehobenen Standpunkt aus läßt sich erklären, daß durch die Art. 7 und 9 des Gesetzes den einzelnen Gemeindeangehörigen die Haftbarkeit ohne alle Rücksicht auf ihr eigenes Verschulden und dem Beschädigten gegenüber selbst dann unbedingt zugewiesen wird, wenn der Schaden nicht durch eigene, sondern durch grobe Fahrlässigkeit anderer entstanden ist.

Wird aber das Gesetz vornehmlich von dem Gedanken der prompten Entschädigung des Verletzten beherrscht, so mußte in den Augen des Gesetzgebers das Bedürfniß der Anwendbarkeit dieses Gesetzes in dem Verhältniß wachsen, als bei Herannahen der Revolution die Bedrohungen sich verstärkten und die Aussicht auf Staatsschutz sich minderte, und es ist nicht einzusehen, warum das Eintreten von Zuständen, wo die Beschädigten des Gesetzes am meisten bedurften, dessen Anwendbarkeit sistiren sollte.

Auch das über diesen Gegenstand inzwischen erschienene neue Gesetz*) sorgt zunächst dafür, dem Beschädigten zur Zahlung zu verhelfen und wenn dabei bezüglich der durch

*) Vom 13. Febr. 1851, verkündet im Reggsbl. No. XIV. S. 155.

Soldaten verübten Beschädigungen die Zahlungspflicht auf die Staatskasse gewälzt wird, so mag dies zwar auch auf der Unterstellung beruhen, daß die Staatsgewalt für die Soldaten, wie die Gesammtheit der Gemeinden für die Einzelnen zu haften habe; es wird aber auch die Staatskasse eintretenden Falls nicht mit der in der Schlußbestimmung des L.R.S. 1384 gegebenen Einrede der mangelnden Verschuldung gehört werden.

Das Princip bleibt aber dasselbe, gleichviel, ob die eine oder die andere Person durch einen Machtspruch des Gesetzes für verhaftet erklärt wird.

Will man daher das aus verschiedenen Gesichtspuncten zusammengetragene Gesetz auch als Entschädigungsgesetz betrachten, so steht immerhin fest, daß, um demselben die gewünschte Anwendung zu sichern, das der Entschädigungspflicht unterstellte Verschulden als eine gesetzliche Präsumtion aufgestellt, und daß dadurch mit Ausnahme des in Art. 3 gedachten Falles jeder Gegenbeweis ausgeschlossen werden sollte.

Die Einrede der mangelnden Verschuldung ist daher im vorliegenden Falle nur in so fern erheblich und zulässig, als dieselbe auf die Ausnahmsbestimmung des Art. 3 gestützt werden will. Jener Ausnahmsfall ist aber, wie in den vordern Instanzen ausgeführt wurde, schon deßhalb nicht vorhanden, weil eines Theils nicht einmal mit Bestimmtheit behauptet werden konnte, daß die in Frage stehende Beschädigung ausschließlich von Soldaten und zwar von Soldaten der beiden von Bruchsal zurückgekehrten Compagnien verübt worden sei; andern Theils jene beide Compagnien, denen die Excesse hauptsächlich zugeschrieben werden, auf Befehl ihrer Obern in die Garnison Karlsruhe zurückgekehrt waren, und daher im Sinne des Gesetzes vom 1. April 1848 eben so wenig als die anderen dort garnisonirenden Soldaten als Einwohner einer anderen Gemeinde betrachtet werden können.

Die weitere, dem Kläger Oberst Holz noch entgegengesetzte Einrede des Selbstverschuldens ist durch das allgemeine Vorbringen, daß derselbe als Oberst die Pflicht gehabt habe, die Soldatenexcesse zu verhindern, nicht genügend thatsächlich begründet worden, und mußte daher ebenfalls unberücksichtigt bleiben.

Die Klage erscheint demnach, soweit sie dermalen Gegenstand des Streites ist, begründet, erwiesen und durch keine Einrede entkräftet u. s. w.

Beistimmendes Votum.

Meine Abstimmung stützt sich auf folgende Sätze:

1) Das Gesetz stellt als Regel auf, daß entschädigt werde, und daß namentlich die Gesammtheit der Einwohner den Schaden zu tragen habe. Nur ausnahmsweise kann die Entschädigung hinwegfallen.

2) Das Gesetz geht im Wesentlichen von dem Grundsatze einer gegenseitigen Schadensassecuranz aus. Dafür spricht insbesondere, daß der Schaden theils auf das Steuerkapital, theils nach Kopftheilen ausgeschlagen werden soll, zu jenem Theile also auch die Güter der nicht am Orte der That wirklich sich aufhaltenden Personen, zu dem andern Theile aber auch alle diejenigen beigezogen werden sollen, welche schon ihrer Individualität nach außer Stand wären, durch Widerstand dem Schaden vorzubeugen, wie Weiber und Kinder — den Säugling nicht einmal ausgeschlossen.

3) Das Gesetz ist für außerordentliche Fälle berechnet und schließt deßhalb auch die außerordentlichsten in seine Regel ein, was schon daraus gefolgert werden muß, daß es zur Zeit einer begonnenen Revolution gemacht wurde, in welcher außerordentliche Beschädigungen bereits eingetreten waren, deren Umfang weiter möglicher Weise vorkommender nicht berechnet werden konnte und die Staatsgewalt gerade durch Verkündung eines solchen Gesetzes anerkannt hatte, daß sie nicht im Stande sei, mit den ihr unmittelbar zu Gebot stehenden gewöhnlichen Mitteln, weitern Beschädigungen vorzubeugen.

4) Auf eine höhere Gewalt, als Grund zur Abwendung der Entschädigungspflicht darf sich einzig und allein in den zwei Fällen berufen werden:
   a) wenn eine von auswärts plötzlich hereingebrochene Masse den Schaden angerichtet hat,
   b) wenn nachgewiesen ist, daß die an dem betreffenden Orte zu Gebot stehenden Schutzmittel wirklich angewendet worden sind, solche aber nicht ausreichten, dem Schaden vorzubeugen, (wenn sie von den Uebelthätern überwunden wurden).

5) Keiner dieser Fälle liegt hier vor und zwar

zu a) als hauptsächlichste Theilnehmer an der Beschädigung werden von der Beklagten 2 Compagnien

Militär bezeichnet, welche an dem fraglichen Tage von Bruchsal nach Karlsruhe marschirt waren. Wenn dieses auch richtig sein sollte, so folgt daraus nichts zu Gunsten der Beklagten. Denn es ist immerhin so viel gewiß, daß jenes Militär nicht aus eigenem Antriebe und zu dem Zwecke, um Excesse zu verüben, nach Karlsruhe gegangen ist, daß es vielmehr auf höheres Commando unter Anführung seiner, bei der Beschädigung nicht thätigen Offiziere den Marsch unternommen hatte. Es ist ferner eben so thatsächlich gewiß, daß gedachte 2 Compagnien zu einem in Karlsruhe garnisonirenden Regimente gehörten und kurze Zeit auswärts auf Commando sich befanden, daher in ihrem eigentlichen Garnisonsorte zu den Einwohnern der Garnisonsstadt gezählt werden müssen.

Zu b) Beklagter Seits werden selbst keine geeigneten Maaßregeln namhaft gemacht, welche fruchtlos zum Schutze des Beschädigten ergriffen worden seien.

Im Allgemeinen läßt sich aber nie voraussagen, daß Maaßregeln, wenn sie in solchen Fällen ergriffen worden wären, nicht ausgereicht hätten, ein Uebel abzuwenden. So lange man nicht wirklich versucht hat, läßt sich über den Erfolg nicht urtheilen.

Ohnehin ist es notorisch, daß dem Angriffe auf das Haus des Obersten Holz schon große Excesse und Gewaltthätigkeiten vorausgingen, so daß eine genügende Aufforderung zur Ergreifung von Maaßregeln überhaupt vorlag, wie es denn auch in Karlsruhe an einer überwiegenden Zahl waffenfähiger und waffengeübter Männer nicht gefehlt haben dürfte. Zur Entschuldigung kann hier nicht angeführt werden, daß dieses Sache gewisser Staatsbeamten gewesen sei, und daß die Beamten, welchen es zunächst oblag, einzuschreiten, sich unthätig gezeigt hätten. Denn die, jenen einzelnen, mit zur Einwohnerschaft gehörigen Personen etwa zur Last fallende Unthätigkeit, muß — wenn selbst das Gesetz eine culpa im Sinne des Landrechts mit als Grund der Entschädigungspflicht überhaupt vor Augen gehabt haben sollte — jedenfalls nach dem Sinn des Gesetzes von der Gesammtheit, dem Beschädigten gegenüber, zunächst vertreten werden, vorbehaltlich des im Gesetze ausdrücklich zugestandenen Rückgriffsrechts auf den im speciellen Verschulden befindlichen Beamten.

Ebensowenig kommt es darauf an, daß die Thäter der Mehrzahl nach Soldaten waren, also dem Stande angehörten, dessen Mitglieder in außerordentlichen Fällen zur Aufrechthaltung der Ordnung verwendet zu werden pflegen. Denn alle Betheiligte hatten sich jedenfalls nur als einzelne Uebelthäter zusammengerottet, sie waren nicht als Corps ausgerückt, das, wie etwa im Kriege, auf Commando einen strategischen Angriff zu machen hatte.

6) Dem einzelnen Beschädigten gegenüber ist zwar die Einrede der propria culpa zulässig. Soweit eine solche in vorliegendem Falle dem Kläger entgegengesetzt wurde, fehlt es aber an aller thatsächlichen Begründung. Eine blose allgemeine Behauptung des Verschuldens läßt sich nicht zum Beweise aussetzen.

Abweichende Voten.

1.

Ich halte die Einrede der höhern Gewalt für vollkommen rechtlich begründet.

Der Art. 1 des Gesetzes vom 1. April 1848 sagt in Bezug auf die Haftungsverbindlichkeit der Einwohner einer Gemeinde für den von dritten Personen verübten Schaden nichts weiter, als was der L.R.S. 1384 mit den Worten bestimmt:

> „ein jeder muß auch für jenen Schaden haften, welcher von Personen verübt wird, für welche er gutstehen soll.“ —
>
> „on est responsable non seulment du dommage, que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui, qui est causé par le fait des personnes, dont on doit répondre.“

Diese Verantwortlichkeit tritt aber nach L.R.S. 1384 nur ein, so lange nicht die in Anspruch genommenen Personen beweisen, daß sie die Handlung, wofür sie verantwortlich gemacht werden wollen, nicht haben hindern können.

Die gleichen Bestimmungen gelten von der Verantwortlichkeit des Beständers und des Gastgebers nach L.R.S. 1733, 1953, 1954.

Jedes Gesetz muß aber im Zweifel nach dem Geist des Gesetzbuchs, nach der Zusammenstellung und Rechtsähnlichkeit seiner Verfügungen ausgelegt und angewendet werden. L.R.S. 4 a. *)

Jede Abweichung vom gemeinen Rechte hat die Vermuthung gegen sich und muß im engsten Sinne verstanden werden.

Es wäre daher zu beweisen, daß das Gesetz vom 1. April 1848 den gemeinrechtlichen Grundsatz des Landrechts, wornach höhere Gewalt, der Mangel jedes auch mittelbaren Verschuldens, die Entschädigungspflicht beseitigt, aufgehoben hätte.

Ein directer Ausspruch des Gesetzes für diese Behauptung liegt nicht vor, aber wohl ein directer Gegenbeweis.

Der Art. 5 verweist nicht blos in Bezug auf den Gegenstand und Umfang des Schadens, sondern auch in Bezug auf die Begründung der Entschädigungspflicht auf die Vorschriften des Gesetzes vom 6. März 1845 über die bürgerlichen Folgen der Verbrechen. Dieses Gesetz von 1845 aber stellt die Bestimmungen des Landrechts an die Spitze seiner Vorschriften, und während es die L.R.S. 1382 b. d. und f. modificirt und abändert, berührt es den L.R.S. 1384 überall nicht und hält denselben also in seiner ganzen Kraft und Fassung aufrecht.

Der Art. 3 des Gesetzes vom 1. April 1848 wendet den allgemeinen Grundsatz des L.R.S 1384, nemlich die Einrede der höhern Gewalt, auf den besondern Fall an, wenn das Verbrechen von Einwohnern einer fremden Gemeinde verübt ward.

Ist damit jede andere Anwendung ausgeschlossen? Mit nichten; sondern es ist die Annahme widerlegt, daß das Gesetz jene Einrede überhaupt nicht kenne und nicht berücksichtigen wolle.

Der Art. 4 des Gesetzes enthält eine weitere Anwendung des Grundsatzes, daß der Mangel des Verschuldens die Entschädigung ausschließt.

Warum hat aber das Gesetz diesen Grundsatz nicht allgemein, namentlich in Bezug auf den gewöhnlichen Fall der Verübung des Verbrechens durch Einwohner der eigenen Gemeinde ausgesprochen?

Antwort: Der allgemeine Ausspruch liegt im Art. 5 durch Verweisung auf das gemeine Recht.

In dem gewöhnlichen Fall des Verbrechens durch Einwohner der Gemeinde fällt aber die Einrede der höhern Gewalt hinweg, weil entweder die Majorität der Gemeinde unmittelbar betheiligt und alsdann als Urheber des Verbrechens selbst zu betrachten ist, oder die Minorität durch die Majorität hätte verhindert werden können, daher eine Fahrlässigkeit, ein mittelbares Verschulden der letzteren gegeben ist.

Ward aber der Schaden durch eine dem Lande fremde Macht oder durch die Soldaten einer Garnison in der Weise gestift t, daß die Gemeinde ihn nicht abwenden konnte, so muß der allgemeine Grundsatz entscheiden, weil dieser Fall nicht ausgenommen und wenn nicht ausdrücklich genannt, durch den Grund des Gesetzes nicht ausgeschlossen ist. Der Grund und Zweck des Gesetzes besteht nemlich darin, die Einwohnerschaft einer Gemeinde zur Aufrechthaltung der inneren Ordnung dadurch zu veranlassen, daß man sie im Falle der Unthätigkeit als mittelbare Urheberin des Verbrechens erklärt, und ihr nur den Rückgriff gegen die unmittelbaren Urheber oder die einzelnen fahrlässigen Personen vorbehält — gerade wie die Eltern, Hausherrn rc. für die Vergehen dritter Personen haftbar erklärt werden, um sie zur bessern Aufsicht und Sorgfalt über die letzteren zu vermögen.

Es ist dieß eine Verstärkung des Rechtsschutzes zur Abwendung von Beschädigungen, welche oft schwer oder gar nicht reparirt werden können.

Dieser Grund des Gesetzes führt aber nicht dahin, den Beschädigten unbedingt auf Kosten der Gemeinde zu entschädigen, auch wenn diese schuldlos sein sollte; es ist von keiner Gesammtbürgschaft im Sinne des Mittelalters die Rede, welche den damaligen Zuständen der Gesellschaft und des Rechtsbewußtseins entsprochen haben mag — das Gesetz vom 1. April 1848 statuirt lediglich eine Entschädigung im Sinne des gemeinen Rechts, deren Grund darin besteht, daß die Gemeinde die ihr auferlegte Verbindlichkeit zur Aufrechthaltung der Ordnung und des

*) Es ist aber wohl zu merken, daß der L.R.S. 4 a. deutlich sagt: „Der Richter, wo ihm ein bestimmter Ausspruch des Gesetzes mangelt, muß auf Grund und Zweck des Gesetzes, so weit sie aus ihm selbst erkennbar sind; sodann auf den Geist des Gesetzbuchs rc. seine Entscheidung gründen."

Hier handelt es sich überdieß um ein Spezialgesetz, an welches bei Einführung des Landrechts noch lange nicht gedacht wurde. Diesem jüngeren Specialgesetz kann weder das Landrecht, noch das Gesetz vom 6. März 1845 irgendwie derogiren.

öffentlichen Friedens aus Unthätigkeit oder Unverständigkeit nicht erfüllt hat. Vergl. L.R.S. 1383.

Es wäre auch schwer zu begreifen, daß eine Gemeinde für den übermächtigen Einfall aus einer fremden Gemeinde zwar nicht zu haften, die Thaten einer aufgelösten und meuterischen Garnison aber unbedingt zu vertreten hätte.

2.

Der auf das Gesetz vom 1. April 1848 gegründeten Klage wurde nebst dem Widerspruch der Begründung einredend die Berufung auf den §. 3 des gedachten Gesetzes entgegengehalten und in dem in der Duplik vervollständigten Einredevortrag zur thatsächlichen Begründung vorgebracht: „Die Zerstörung an und in dem Holz'schen Hause sei in den Anfang der Revolution gefallen, die Beklagte habe sich in der Unmöglichkeit befunden, solche abzuwenden; als der Gemeindevorstand von der Zerstörung Kenntniß erhalten, sei sie schon vollbracht gewesen, und zwar von den meuterischen Soldaten, insbesondere den am 13. Mai Nachmittags von Bruchsal gekommenen zwei Compagnien des Leibinfanterie-Regiments, welchen sich erst während der Ausführung einige Civilpersonen beigesellt haben; die wehrhafte Mannschaft der Stadt (Bürgerwehr) habe zur Aufrechthaltung der Ordnung in jener Nacht ihren Dienst gethan &c."

I. Zur richtigen Entscheidung dieses Streits kommt es vor allem darauf an, das angerufene Gesetz nach Zweck und Gründen recht aufzufassen.

Das Gesetz vom 1. April 1848 hatte zur Veranlassung und zum Zweck, Beschädigungen durch eine größere zusammengerottete Menge oder von einer bewaffneten oder unbewaffneten Vereinigung Mehrerer mit offener Gewalt verübt, entgegen zu treten und darüber Vorschriften zu geben. Dahin gehören aber die Beschädigungen nicht, welche durch eine Revolution verursacht werden, wo die Bande des Staats selbst aufgelöst sind.

Der einzelnen Gemeinde da, wo der Staat selbst im Kampfe mit der revolutionären Macht begriffen war und dieser wenige Stunden darauf mit der Vertreibung des Staatsoberhaupts und der Regierung unterlag, zuzumuthen, daß sie die Revolution in einer ihrer wildesten Kraftäußerungen, der Demolirung des Oberst Holz'schen Hauses, hätte bekämpfen sollen, konnte niemals die Absicht eines vernünftigen Gesetzes sein; dieses darf daher auch so vom Richter nicht ausgelegt werden. Insofern es also als notorisch anzunehmen ist, daß der fragliche Vorgang in die begonnene Revolution fiel, erscheint die Klage als unbegründet. *)

Aber auch davon abgesehen und die Begründung der Klage im Allgemeinen angenommen, fragt es sich:

II. ob die Einwendungen begründet und bewiesen sind?

So sehr auch das Gesetz vom 1. April 1848, hervorgerufen durch die damaligen Zeitverhältnisse, das Werk der Eile war, so treten doch dabei zwei deutlich ausgesprochene Grundsätze hervor, auf welche es der Gesetzgeber stützte:

1) die Gesammtbürgschaft der Gemeindegenossen (Assecuranz),
2) ein Verschulden auf Seite der Letzteren, d. i. der Gesammtheit derselben.

Beide sind dem Gesetze in der Art zum Grund gelegt, daß die erstere, wo der im §. 1 bezeichnete Fall vorkommt, als Regel eintritt, und das zweite präsumirt oder als vorhanden angenommen wird, daß jedoch in dem im §. 3 bezeichneten Ausnahmsfalle:

> wenn die Thäter, welche die Verbrechen verübten, nicht Einwohner der Gemeinde, in der das Verbrechen begangen wurde, waren, sondern aus andern Gemeinden kamen, und die Einwohner jener Gemeinde außer Stand waren, das Verbrechen zu hindern,

jene Gesammtbürgschaft oder Haftbarkeit nicht Statt findet.

Darnach stehen beide Momente zu einander in dem Verhältniß der Wirkung und Bedingung, und zwar so, daß das Dasein der Letzteren überall angenommen wird, wofern nicht der im §. 3 bezeichnete Ausnahmsfall dargethan werden kann.

Da die Ausnahme zu beweisen dem obliegt, der sie behauptet, so ergibt sich, daß hierin die Beklagte beweispflichtig ist, so fern sie nicht etwa durch Notorietät oder Geständniß von der andern Seite von der Beweislast befreit wird.

Diese Grundsätze, deren Richtigkeit sich aus den Kammerverhandlungen, insbesondere aus dem Commissionsbericht der II. Kammer und der Discussion hierüber (6. Beilagenheft S. 361 – 364 und 3. Protocollheft S. 238 ff.)

*) Man wird doch die Ereignisse, welche auf den 13. Mai 1849 gefolgt sind, nicht in der Weise anticipiren dürfen, daß man die Zerstörung des Holz'schen Hauses in die Periode einer schon allgemein herrschenden Gesetzlosigkeit versetzt. Das wäre ein arger Anachronismus.

ergibt, auf unsern Fall angewendet, liegen in dem Einredevortrag beide Erfordernisse des §. 3 des Gesetzes vor:

a) daß nicht die Einwohner der beklagten Gemeinde die Beschädigung verübten, daß solche vielmehr die von Bruchsal gekommene aufgelöste Soldateska begonnen und hauptsächlich auch vollführt habe 2c., und
b) daß die beklagte Gemeinde außer Stand gewesen sei, das Verbrechen zu verhindern.

Beides ist notorisch und auch aus den über die Ereignisse erschienenen Schriften, insbesondere jener von Bekk über die Bewegung in Baden, bekannt. Jedermann weiß, daß mit dem Kampf, welcher alsbald nach der Ankunft der beiden meuterischen Compagnien von Bruchsal in den Straßen von Karlsruhe zwischen jenen und den treugebliebenen Truppen der Karlsruher Garnison sich eröffnete, die an demselben Tag in den Offenburger Beschlüssen proclamirte Revolution zum vollen Ausbruch gediehen war, daß die Ereignisse sich nach dieser Katastrophe so rasch drängten, daß das Staatsoberhaupt schon in den nächsten Stunden entfliehen mußte und die Regierung gestürzt ward. Nimmt man dazu noch als bewiesen an, daß die Bürgerwehr von Karlsruhe in jenen schwierigen Augenblicken den durch die Umstände gebotenen Dienst that, wie denn auch ihr tapferes Verhalten beim Zeughaussturm bekannt und bei Bekk im angeführten Werke S. 317 2c. zu ersehen ist, daß nicht nur 2 Compagnien derselben beim Zeughaus im Kampfe, sondern ihre Mitglieder auch in andern Theilen der Stadt thätig waren; so kann wohl ohne weitere Erhebung schon mit der alleinigen Thatsache, daß die fragliche Beschädigung nach der begonnenen Revolution vorkam, als gewiß angesehen werden, daß die Beklagte außer Stand war, den Vorfall zu verhindern. Die vis major muß in Erwägung der Umstände als im höchsten Grad vorhanden angenommen werden.

Daß aber die beschädigenden Kräfte nicht als aus dem Schoos der beklagten Gemeinde hervorgegangen angesehen werden können, wenn von Außen herbeigekommene Truppen sich alsbald nach der Ankunft notorisch auflösten und das Verheerungswerk begannen, falls sie auch nur den überwiegenden Theil bildeten, dieß kann einer weiteren Ausführung nicht bedürfen. Ueberhaupt wird eine billige und vernünftige Auslegung der wieder eingeführten Gesammtbürgschaft nicht so weit gehen dürfen, daß sie einer Gemeinde zumuthet, die zufällig in ihren Mauern garnisonirte bewaffnete Macht, auf die ihr gesetzlich gar keine Einwirkung gestattet ist, in Disciplin zu halten und die Folgen ihrer Disciplinlosigkeit zu vertreten.

Die Gesetzgebung hat dies auch gefühlt und darum in dem neuen Gesetze gerade das Gegentheil ausgesprochen. Die dießfallsige Lücke in dem älteren Gesetze muß eine auf das natürliche Recht und die Billigkeit gegründete Interpretation um so mehr in der hier vertheidigten Weise ausfüllen, als Ausnahmsgesetze immer streng auszulegen sind, und in zweifelhaften Fällen an den Grundsätzen des gemeinen Rechts festgehalten werden muß. *)

So fern aber der thatsächliche Grund der Einrede noch nicht als in rechtliche Gewißheit gesetzt angenommen würde, wäre darüber eine Beweisauflage an die Beklagte zu machen.

Die Entscheidung der vordern Instanzen ist auf die Annahme basirt, daß lediglich das Princip einer wechselseitigen Assecurranz dem Gesetz zum Grund liege und nur in dem Ausnahmsfalle des §. 3 die Verschuldung als Grund der Haftung der Gemeinde unterstellt werde, was aber nach den Kammerberichten und Verhandlungen ganz irrig ist.

Nimmt man so leichthin an, daß auch die Beschädigungen, welche durch die Revolution verursacht wurden, unter das Gesetz vom 1. April fallen, so könnte es leicht dahin kommen, daß man durch die Consequenzen sich ad absurdum (weil ad impossibilia) geführt sähe.

Mag die Abweichung der Klage für den Kläger hart sein; jeder Unglücksfall ist für den getroffenen hart. Wie übrigens der Staat in den durch die Revolution Mannheimer Handelsleuten verursachten Schaden von ca. 8000 fl. aus andern als rechtlichen Gründen eingestanden ist, so würde wohl auch die in Frage stehende Beschädigung auf die Staatscasse übernommen werden.

Nach den hier entwickelten Grundsätzen hat auch der

---

*) Der §. 5 des Gesetzes vom 13. Febr. l. J. hat ganz offenbar unseren Fall vor Augen. Der Gesetzgeber corrigirte sich, weil ihn die Erfahrung seine unbillige Strenge erkennen ließ. Allein gerade der Umstand, daß die Ausnahmsbestimmung des §. 5 nicht schon in dem Gesetze vom 1. April 1848 steht, beseitigt jeden Zweifel übee die Haftbarkeit der Karlsruher Einwohner für den am 13. Mai 1849 hauptsächlich durch nicht beurlaubte Soldaten angestifteten Schaden, weil bekannte Vorschriften dem Richter verbieten, die Ausnahme des spätern Gesetzes auf dem Wege der Interpretation in das frühere hineinzutragen und so jenes mit rückwirkender Kraft auf einen älteren Fall anzuwenden.

Cassationshof in verschiedenen Urtheilen das in Frankreich längst bestehende ganz ähnliche Gesetz angewendet. Zeitschrift für ausländische Rechtswissenschaft. Bd. VII. S. 31.

D. R.

II.

Justizministerium.

Karlsruhe, den 3. Juli 1851.

No. 6687. Die Auslegung der §§. 612 und 692 der bürgerlichen Prozeßordnung betreffend. *)

An sämmtliche großherzogl. Gerichtshöfe und Aemter:

Es ist die Anfrage anher geschehen, wie obige §§. der Prozeßordnung rücksichtlich der Dauer der Wiederherstellungsfrist bei Liquiderkenntnissen mit einander zu vereinigen seien.

Der angeregte Zweifel ist durch eine ständische Redactionsveränderung an dem Regierungsentwurf veranlaßt worden, es ist aber die bestimmte Absicht des Gesetzes, die vorgeschlagene Abkürzung der Wiederherstellungsfrist bei Liquiderkenntnissen aufzunehmen, schon daraus zu erkennen, daß die in dem Titel von Zahlbefehlen enthaltene und speziell von der Wiederherstellungsfrist bei Liquiderkenntnissen handelnde Bestimmung des §. 692 nicht gestrichen, sondern neben dem §. 612 zum Gesetz erhoben wurde. Die wissenschaftliche Anwendung des Rechts hat die Aufgabe, den wahren Willen des Gesetzes zur Geltung zu bringen und dieses unterliegt hier mit Hilfe der bekanntesten hermeneutischen Grundsätze gar keiner Schwierigkeit.

Der §. 612 enthält eine Regel für eine Mehrheit von Fällen, und wenn für einen einzelnen dieser Fälle an seinem Orte ausdrücklich etwas Besonderes bestimmt ist, so gilt diese besondere Bestimmung als Ausnahme von der Regel, welche in ihrem Gebiete der Regel vorgeht, wenn auch der Gesetzgeber bei Aufstellung der letzteren den gewöhnlichen Vorbehalt „soweit nichts Besonderes im Gesetze bestimmt ist" ausdrücklich beizufügen unterlassen hat.

Der §. 692 ist daher als eine Ausnahme von dem §. 612 zu betrachten.

Bei dieser durch die Wissenschaft gebotenen Auslegung wird es einer authentischen Interpretation nicht bedürfen.

Stabel.

Ullmann.

*) Vergl. Annalen XVIII. No. 25 S. 200.

D. R.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. **No. 29.** **Mannheim**, 19. Juli **1851**.

I.

Vermögensabsonderung.

Accessorische Intervention der ehemännlichen Gläubiger.

Annalen XVIII. 35. 77.

Am 1. Sept. 1849 reichte die Rehmann'sche Ehefrau eine Klage auf Vermögensabsonderung ein, welche damit begründet ward, daß ihr Ehemann wegen Hochverraths in Untersuchung gezogen und landesflüchtig, daß hierwegen dessen Vermögen mit Beschlag belegt und außerdem auch überschuldet sei.

Da der Beklagte mit seiner Antwort ausblieb, so erging am 10. Okt. 1849 ein Versäumungserkenntniß zu Gunsten der Klägerin.

Nun trat, innerhalb der Wiederherstellungsfrist, die großh. Staatskasse wegen ihrer Ersatzforderung gegen den bei dem hochverrätherischen Aufstande betheiligten Eduard Rehmann dem Rechtsstreite gemäß L.R.S. 1447 u. Pr.O. §. 104 intervenirend bei, indem sie zunächst um Wiederherstellung gegen das Versäumungserkenntniß bat, sofort allen der Klage zum Grund gelegten Thatsachen einen Widerspruch entgegensetzte und mit dem Begehren schloß, die Klägerin unter Verfällung in die Kosten abzuweisen.

Der Unterrichter gab durch Beschluß vom 5. Januar 1850 der Intervention statt und ertheilte dem Beklagten die von der großh. Staatskasse nachgesuchte Wiederherstellung.

Diesen Beschluß nahm er jedoch, nachdem noch eine weitere Erklärung des intervenientischen Theils eingekommen war, wieder zurück und erklärte durch Erkenntniß vom 22. Febr. 1850 die fiscalische Nebenintervention für unstatthaft.

Auf die von der großh. Staatskasse ergriffene Berufung wurde das amtliche Erkenntniß am 25. Okt. 1850 von großh. Hofgerichte bestätigt, weil das an sich unbestrittene Beibringen der Klägerin in dem die Errungenschaftsgemeinschaft bedingenden Ehevertrage der Rehmann'schen Eheleute bis auf 500 fl. verliegenschaftet, weil ferner das sämmtliche Vermögen des flüchtigen Beklagten mit Beschlag belegt und dem Staate für den Schadensersatz verhaftet, sohin das Beibringen der Frau in Gefahr sei. *)

Dagegen machte der großh. Fiscus in dritter Instanz geltend, daß zur Zeit nur über seine Interventions-Befugniß, welche nach L.R.S. 1447 auch nicht dem geringsten Zweifel unterliegen könne, zu entscheiden sei; indem die weitere Frage über die Zulässigkeit der Vermögensabsonderung als ein ganz anderer Streitpunkt noch gar nicht zur hofgerichtlichen Cognition hätte gelangt sein können.

Die Wahrung der gedachten Befugniß sei aber von der größten Wichtigkeit, weil der großh. Fiscus ein Interesse dabei habe, daß bei dem zum Vollzug der Absonderung eintretenden Verfahren der Klägerin nur ihre wirkliche Gebühr zugeschieden und das Fahrnißvermögen zur Befriedigung aller Gläubiger gleichmäßig verwendet werde.

---

*) Damals war bereits das oberhofgerichtliche Urtheil vom 3. Juli 1850 erlassen, durch welches gegen E. Rehmann wegen Theilnahme am Hochverrath eine Zuchthausstrafe von 9 Jahren und die sammtverbindliche Haftbarkeit zum Ersatze des der großh. Staatskasse durch die hochverrätherischen Unternehmungen zugefügten Schadens ꝛc. erkannt ist.

Nach L.R.S. 232 wäre daher die Rehmann'sche Ehefrau berechtigt, auf Scheidung zu klagen, durch welche gemäß L.R.S. 1441 die Gütergemeinschaft kraft Gesetzes aufgelöst würde, so zwar, daß eine Intervention oder Einsprache von Seiten der ehemännlichen Gläubiger nicht Platz greifen könnte.

Der fiscalische Vertreter hat daher, unter Aufhebung der vorderinstanzlichen Erkenntnisse die Intervention in dem Prozesse über die Vermögensabsonderung für statthaft zu erklären, und bemerkte noch, daß der großh. Fiscus ohne Präjudiz für das Absonderungsbegehren, nur seine Interventionsberechtigung mittelst der Oberappellation aufrecht erhalten und gewahrt wissen wolle. Allein das großh. Oberhofgericht (II. Sen.) bestätigte unterm 3. Juli l. J. das hofgerichtliche Urtheil aus folgenden

Gründen:

Die Klägerin bezweckt durch die nachgesuchte Vermögensabsonderung die Rettung ihres eheweiblichen Beibringens, welches unter den in der Klage angeführten und wegen ihrer Gerichtskundigkeit eines weiteren Beweises nicht bedürftigen Verhältnissen offenbar gefährdet ist. *)

An dieses Beibringen hat der großh. Fiscus keinerlei Ansprüche; derselbe kann deßhalb der begehrten Absonderung um so weniger entgegen treten, als er überall keine Thatumstände dafür anzuführen vermochte, daß die Klägerin beabsichtige, sich dieser Rechtswohlthat zum Nachtheil der Gläubiger ihres Mannes (en fraude de leurs droits) zu bedienen. L.R.S. 1447 vergl. mit L.R.S. 1167.

Nur unter dieser Voraussetzung räumt aber das Civilrecht den Gläubigern die Befugniß ein, in dem Verfahren auf Absonderung als Beikläger aufzutreten, um zu widersprechen. Wenn also die Rehmann'sche Ehefrau durch die beantragte Absonderung lediglich nur ihr gefährdetes Beibringen zu retten sucht, so handelt sie nach dem bekannten Axiome „qui jure suo utitur etc.“ nicht zum Nachtheil der Gläubiger ihres landflüchtigen Ehemannes. L.R.S. 1443.

Doch gesetzt, die Intervention wäre in der angedeuteten Weise begründet, so würde sie nach dem Prozeßrecht als unstatthaft erscheinen.

Mittelst der accessorischen Intervention nimmt nämlich ein Dritter an einem anhängigen Rechtsstreit dadurch Theil, daß er sich der einen Partei als Streitgenosse anschließt, um den Zweck, welchen dieselbe im Prozesse zu erreichen strebt, zu befördern, damit der rechtliche, wenn gleich nur mittelbare Nachtheil, welcher den Intervenienten ex re judicata zu treffen droht, abgewendet werde. Pr.O. §. 104 u. 105.

Schmid, Civ.Proc. I. S. 152.
Annalen XVIII. 1.

*) Vergl. z. B. Zachariä III. §. 516. Annalen XVII. 250.

Die Zulässigkeit der Nebenintervention ist demnach vor Allem bedingt durch einen anhängigen Rechtsstreit. Als aber der großh. Fiscus intervenirend auftrat, war bereits ein Versäumungserkenntniß erlassen, gegen welches der Beklagte, nachdem er sich mit der Antwort auf die Klage hatte ausschließen lassen, keine Wiederherstellung nachgesucht hat. Es fehlte sonach, weil der Prozeß hiermit beendigt war, gerade an derjenigen Partei, welcher sich in dem vorliegenden Falle der Intervenient als Streitgenosse hätte anschließen können; abgesehen davon, daß aus dem Unterliegen des Beklagten keine res judicata gegen den großh. Fiscus begründet würde, weil durch die Zulassung der von der Klägerin begehrten Separation die hievon ganz unabhängige Ersatzforderung des großh. Fiscus an den Beklagten nicht im Entferntesten berührt wird.

Stabel, bürgerl. Proz. §. 24 S. 76.

Sowohl die Klägerin als die intervenientische Staatskasse sind Gläubiger des Beklagten. Beide haben nur das miteinander gemein, daß die nämlichen Thatsachen, aus welchen der großh. Fiscus seine Ansprüche herleitet, auch das Einbringen der Klägerin gefährden. Der Anspruch des einen Gläubigers schließt übrigens die Forderung des Anderen nicht aus. Ob und wie weit beide seiner Zeit zur Befriedigung gelangen werden, ist für die gegenwärtige Entscheidung ganz gleichgültig.

Wie der großh. Fiscus in dritter Instanz ausdrücklich erklärt, besteht sein Interesse darin, daß in dem auf die erkannte Absonderung folgenden Vollzugsverfahren der Klägerin nicht mehr und nichts Anderes, als was ihr gebührt, eigenthümlich zugeschieden, und daß das Fahrnißvermögen nicht zu ihrer alleinigen, sondern zur gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger verwendet werde.

Dieses Interesse ist aber dadurch, daß dem Begehren der Klägerin auf gerichtliche Absonderung ihres Vermögens von jenem ihres Ehemannes statt gegeben wurde, nicht verletzt oder bedroht, da den ehemännlichen Gläubigern aus L.R.S. 1447 das Recht zusteht, die erkannte Vermögensabsonderung selbst nach dem Vollzug noch anzufechten. Um so gewisser ist also der großh. Fiscus berechtigt, im Laufe des Vollzugsverfahrens gegen ungebührliche oder unstatthafte Ansprüche der Frau gerichtliche Einsprache zu erheben, ohne daß er nöthig hätte, diese Rechtszuständigkeit, welche keinenfalls von der Intervention im Vorverfahren abhängt, mittelst der hier ausgeführten Oberappellation zu wahren.

Da sonach die Beschwerde des großh. Fiscus gegen die Entscheidungen der vorderen Instanzen nicht begründet ist, so mußte, wie geschehen, erkannt werden.

D. R.

II.

Recurs und Wiederaufnahme des Verfahrens können nicht mit einander cumulirt werden.

Der Recurs ist ein devolutives Rechtsmittel, welches an den höhern Richter geht, während die Wiederaufnahme des Verfahrens bei eben dem Gerichte, welches das erste verurtheilende Erkenntniß gesprochen hat, nachgesucht werden muß.

Daraus ergibt sich von selbst, daß beide Rechtsmittel nicht mit einander verbunden werden können, weil jedes einen anderen Weg geht. Dasjenige Gericht, welches über den Recurs zu erkennen hat, ist nicht zuständig für die Wiederaufnahme und so auch umgekehrt.

Gleichwohl kommt es vor, daß die Angeschuldigten oder ihre Anwälte das außerordentliche Rechtsmittel mit dem ordentlichen zu verbinden suchen. Der oberste Gerichtshof läßt jedoch dergleichen Versuche nicht zu, welche namentlich von solchen Theilnehmern an dem hochverrätherischen Aufruhr des Jahres 1849 gemacht wurden, die sich, nach längerer Abwesenheit, in letzter Zeit bei den inländischen Gerichten gestellt haben, noch ehe über die gegen die hofgerichtlichen Urtheile von ihnen ergriffenen Recurse vom Oberhofgerichte entschieden war. Hier einige Beispiele zur Beleuchtung des oben aufgestellten Satzes:

1) Nachdem sich M. Müller von Seelbach beim Untersuchungsgericht sistirt hatte, wurde ihm das hofgerichtliche Urtheil nochmals verkündet und dabei der §. 12 des provisorischen Gesetzes vom 1. August 1849 (Reggsbl. No. 46) erläutert, worauf derselbe erklärte, daß er bei dem bereits ausgeführten Recurs beharre. Zugleich schlug er eine Anzahl von Entlastungszeugen vor und bat diese Zeugen abzuhören, sodann seinem Anwalt einen Nachtrag zur Recursausführung zu gestatten und demnächst die so vervollständigten Acten dem großh. Oberhofgericht zur Entscheidung in der Recursinstanz vorzulegen.

Der Untersuchungsrichter that, wie angetragen war; er wurde aber mittelst oberhofgerichtlicher Verfügung vom 21. Mai l. J., dahin belehrt: daß der Angeschuldigte gegen das ihm nochmals eröffnete Urtheil vom 28. Septbr. 1850 nur entweder mit Aufgebung des angezeigten Recurses gemäß §. 12 des provisorischen Gesetzes vom 1. August 1849 unter den dort bestimmten Voraussetzungen die Wiederaufnahme des Verfahrens bei großh. Hofgerichte begehren, oder auf Erledigung des bereits ausgeführten Recurses bestehen, nicht aber ohne die Wiederaufnahme nachzusuchen, nach Umfluß der Frist die Erhebung neuer Beweise zur Rechtfertigung des Recurses nachträglich beantragen könne.

Bei der nochmaligen Vernehmung hat dann der Angeschuldigte um Wiederaufnahme des Verfahrens und um Vorlage der Acten an das großh. Hofgericht zum Erkenntniß darüber.

Hierdurch erledigte sich der Recurs von selbst.

2) Ein anderer Flüchtling, nämlich J. Trautwein von Schiltach, ließ nach seiner Rückkehr durch den aufgestellten Anwalt bei großh. Hofgericht ein Gesuch um Wiederaufnahme des Verfahrens einreichen, in welchem für den Fall, daß demselben nicht entsprochen werden sollte, gebeten war, diesen Schriftsatz dem großh. Oberhofgericht als Nachtrag zu der in Abwesenheit des Angeschuldigten eingereichten Recursausführung vorzulegen, damit nunmehr hierüber erkannt werden möge.

Das großh. Hofgericht ließ die neu angetretenen Beweise erheben, fand aber das Ergebniß derselben unerheblich und verfügte demnach, daß es bei dem früheren Urtheil sein Verbleiben haben soll. Gleichzeitig beschloß dieser Gerichtshof, unter Bezug auf die eventuelle Bitte des recurrent. Anwalts, die Akten dem großh. Oberhofgerichte zur weitern Entscheidung vorzulegen.

Hierauf erging unterm 6. Juni l. J. an das großh. Hofgericht folgender Erlaß:

„Da der Angeschuldigte, noch ehe der gegen das dortseitige Urtheil vom 14. Sept. v. J. anher ausgeführte Recurs erledigt war, sich bei dem Untersuchungsgerichte freiwillig gestellt und nach nochmaliger Verkündung obigen Urtheils durch seinen Anwalt um Wiederaufnahme des Verfahrens bei Wohldemselben gebeten hat, so ist dadurch der Recurs von selbst hinweggefallen und die dortseitige Zuständigkeit wieder aufgelebt. In Erwägung nun, daß gegen das neuerliche Erkenntniß vom 24. v. M., No. 4170, welches von Wohldemselben auf den Grund der reasumirten Untersuchung erlassen wurde, bis jetzt keinerlei Rechtsmittel an den diesseitigen Gerichtshof ergriffen, die in der Eingabe des Adv. L. vom 11. Februar l. J. fürsorglich gestellte Bitte aber unstatthaft ist, weil dermalen

von einem Nachtrage zur Recursausführung gegen das erste Urtheil vom 14. Sept. v. J. und von einer diesseitigen Entscheidung darüber keine Rede mehr sein kann, werden die Acten zum weiteren Rechtsvollzuge in der Anlage zurückgesendet."

Hier ist also wieder der Grundsatz festgehalten, daß die Reassumtion den Recurs ausschließt, und daß eine Cumulation dieses mit jener nicht stattfindet.

Erst gegen das auf die reassumirte Untersuchung gebaute, also zweite Urtheil kann zum Recurs gegriffen werden.

An diesem Grundsatze vermögen die §§. 119, 120 u. 140 des Gesetzes vom 5. Februar l. J. nichts zu ändern, weil dadurch nur die Befugniß, um Wiederaufnahme zu bitten, zu Gunsten des Angeschuldigten erweitert ist.

D. R.

———

III.

Der §. 723 der Pr.O.*) ermächtigt den Richter, bei Ungewißheit des juristischen Besitzes das Besitzurtheil zu umgehen und eine einstweilige Verfügung bis zur Rechtsentscheidung zu erlassen.

Entstehung und Anwendung dieser Bestimmung.

Der §. 723 der neuen Prozeßordnung, wörtlich aus §. 759 der alten beibehalten, sagt:

„Ist die Thatsache des Besitzes ungewiß, so kann „der Richter verfügen, daß bis zur Entscheidung „über das Recht die streitige Sache sequestrirt werde, „oder den gemeinschaftlichen Genuß derselben an„ordnen, oder es kann der einstweilige Genuß einer „Partei allein gegen Sicherheitsleistung überlassen „werden. — Auch ist dem Richter gestattet, wäh„rend der Dauer des Rechtsstreits die zur Verhin„derung von Selbsthilfe etwa nothwendigen einst„weiligen Verfügungen zu erlassen."

Ueber den letzten Absatz kann kein Zweifel obwalten, da er den Richter ermächtigt, wie in jedem Rechtsstreite so auch im Laufe des possessorischen Prozesses einstweilige Verfügung gegen Selbhilfe zu erlassen.

Um so schwieriger ist aber der Sinn des ersten Absatzes. Auf den ersten Blick scheint er sich auf den Fall zu beziehen, wenn in einem anhängigen petitorischen Rechtstreit eine Nebenverfügung über den einstweiligen Besitz und Genuß des Streitgegenstandes nöthig wird, weil er von einer Verfügung „bis zur Entscheidung über das Recht" spricht. Allein dies geht deshalb nicht an, weil der ganze Titel nur vom Besitzprozeß handelt und der §. 723 sich durch seine Eingangsworte den Bestimmungen desselben anschließt, indem er den Fall des ungewissen Besitzes behandelt, und weil auch eine Bestimmung, welche lediglich von Nebenverfügungen für den petitorischen Prozeß handeln soll, hier weder am Ort noch überhaupt nöthig gewesen wäre, da schon anderweite Bestimmungen der Prozeßordnung den Richter ermächtigen, im petitorischen wie in jedem andern Prozeß einstweilige Verfügungen jeder Art zu erlassen. P.O. §. 284, 643 674. L.R S. 1961.*)

Umgekehrt ist aber der §. 723 auch nicht auf einen rein-possessorischen mit einem Besitzurtheil abschließenden Prozeß zu beziehen, weil die einstweilige Verfügung gleichwohl bis zur Entscheidung über das Recht erlassen werden soll, im Besitzprozeß aber nicht über das Recht entschieden wird und man auch unter dem Ausdruck Recht nicht etwa das Recht des Besitzes, sondern nur das petitorische Recht, den Rechtsstand, verstehen kann, da der Ausdruck Recht im ganzen Titel und insbesondere in

*) Oder §. 759 der alten Pr.O.

*) Durch die Eingangsworte: „Ist die Thatsache des Besitzes ungewiß" reiht sich der §. 723 offenbar an den ganzen vom Besitzprozeß handelnden Titel an und wenn er beifügt, daß alsdann der Richter eine einstweilige Verfügung bis zur Entscheidung über das Recht erlassen könne, so stellt er das Recht dem Besitz als Gegensatz gegenüber und will damit gewiß nicht hinterher erläutern, daß er einen anhängigen petitorischen Prozeß im Auge habe, da er sonst hätte sagen müssen: Ist in einem Streit über das Recht die Thatsache des Besitzes ungewiß u. s. w. Auch kann man nicht einwenden, daß der vorhergehende §. 722 von einer das Recht verfolgenden Klage spreche und der §. 723 nur für diesen Fall weiter bestimme. Denn in diesem Zusammenhang stehen die beiden §§. nicht, da jeder für sich eine abgeschlossene selbstständige Vorschrift enthält und ohnehin der erste nicht vom Petitorium allein, sondern von der Concurrenz des Petitorium und Possessorium handelt. Nur soviel kann man zugeben, daß die im §. 723 erwähnten Arten von einstweiligen Verfügungen ebenfalls in einem anhängigen petitorischen wie auch possessorischen Prozeß als Nebenverfügungen angewendet werden dürfen, wie dies in Annalen l. S. 1—2 mit Recht geschehen ist, was sich aber auch ohne den §. von selbst versteht.

Der Eins.

den vorhergehenden §§. 718, 719, 721 und 722 niemals in einem andern Sinn vorkommt und eben so wenig zwischen Besitzrecht und Besitz unterschieden, sondern nach §. 717 immer nur der Besitz zu- oder aberkannt wird, daher unter Thatsache des Besitzes nur der Inbegriff von Umständen, welche nach §. 714 Abs 1 den juristischen Besitz bilden, nicht aber ein Gegensatz von Besitzrecht verstanden werden kann.*)

Wie ist es nun aber zu verstehen, wenn der §. 723 von einer im Besitzprozeß zu erlassenden und bis zur Entscheidung über das Recht fortdauernden einstweiligen Verfügung spricht? — Nicht anders, als so, daß am Ende des Besitzprozesses kein Besitzurtheil, sondern nur eine einstweilige Verfügung und zwar für so lang erlassen wird, bis die Parteien eine petitorische Entscheidung erwirkt haben. Denn würde am Ende des Besitzprozesses ein Besitzurtheil ergehen, so wäre schon für den Besitz bis zur Rechtsentscheidung gesorgt und eine einstweilige Verfügung unmöglich; es wäre vom Besitzurtheil an kein ungewisser Besitz mehr vorhanden, über welchen einstweilen verfügt werden könnte. Nur also, wenn über den Besitz kein Urtheil ergeht, kann von einer Verfügung bis zur Rechtsentscheidung die Rede sein, nur so wird es klar, wie der §. 723 von einer zugleich den possessorischen und petitorischen Prozeß berührenden, vom ersten in den letzten übergehenden einstweiligen Verfügung sprechen kann und es bietet derselbe einen seiner Wortfassung und Stellung ganz entsprechenden Sinn dar.

Daß aber dieser Sinn wirklich in der Absicht der Gesetzgebung lag, das ergibt sich aus dem Zeugniß Weilers als damaligen Mitglieds der Gesetzgebungskomission im Archiv der Rechtspflege für Baden B. I. S. 707 §. 17 und in den Motiven zur Pr.O. S. 60. Denn hiernach sollte der §. 723 dem Richter auch für den Fall, „wenn am Ende des Besitzverfahrens die Gewiß„heit des juristischen Besitzes nicht herzustellen sei", die Erlassung einer einstweiligen Verfügung bis zur Rechtsentscheidung gestatten. Der Richter sollte also ermächtigt werden, je nach Ermessen kein Endurtheil im Besitzverfahren zu geben, sondern in rechtspolizeilicher Weise einstweilen nur die Sequestration der streitigen Sache oder den gemeinschaftlichen Genuß derselben oder dessen Ueberlassung an eine Partei gegen Sicherheit anzuordnen und den Parteien die endliche Ausfechtung im petitorischen Rechtsweg anheimzustellen.

Noch bestimmter ergibt sich dieser Sinn aus den Quellen, aus welchen nach Weiler a. a. O. der §. 723 geschöpft wurde, nemlich aus dem französischen Besitzprozeß und aus einer daraus hervorgegangenen Bestimmung des niederländischen Prozeßgesetzes vom 29. Dezember 1823, welches in der Brüsseler Ausgabe von Toulier von 1825 im Supplementband S. 152—57 abgedruckt ist. Der zunächst benutzte Art. 32 dieses Gesetzes sagt:

> Lorsque sur l'action en maintenue le juge trouve, que le droit de possession reclamé de part et d'autre n'est pas suffisamment justifré, il pourra sans rien statuer sur la possession ordonner, que l'objet sera sequestré ou enjoindre aux parties d'instruire au petitoire ou accorder à l'une d'elles une possession provisionelle. Cette possession ne donnera que le simple droit de jouir de l'objet contentieux pendant la durée du proces au petitoire et à charge de rendre compte des fruits perçus.

Hier ist ausdrücklich gesagt, was oben aus dem Sinn des §. 723 hergeleitet wurde, daß wenn am Ende eines Besitzstreits der Besitz zweifelhaft bleibt, der Richter ermächtigt sein soll, mit Umgehung des Besitzurtheils sich auf eine provisorische Verfügung oder sogar auf die einfache Verweisung in das Petitorium zu beschränken. Zugleich ergibt sich daraus, daß sich die Bestimmung auf den juristischen Besitz, droit de possession, beziehen und der Ausdruck Thatsache des Besitzes in unserer Prozeßordnung auch nichts anderes bedeuten soll.

Dieselbe Maxime, welche das niederländische Gesetz aufstellt, galt auch von jeher bei den französischen Gerichten und wurde vom Kassationshof bis in die neueste Zeit in mehreren Fällen, worin die Friedensrichter mit Umgehung von Besitzurtheilen nur provisorische Verfügungen erlassen hatten, gebilligt. Sie sind in der neuen Ausgabe von Dalloz repertoire T. III. p. 213—19 zusammengestellt und es wird unter andern in einem Urtheil v.

*) Es ist wohl zu merken, daß der §. von der Thatsache des Besitzes und nicht des blosen Besitzens oder Inhabens spricht und gar nicht von der Ungewißheit des Inhabers sprechen kann, weil da, wo sogar dieses ungewiß ist, überall kein Besitz vorhanden ist. Kann also nur juristischer Besitz gemeint sein, so ist dieser kein Gegensatz von Besitzrecht, sondern er ist das Besitzrecht selbst, wie es die Prozeßordnung versteht, welche selbst da Besitzhandlungen (Thatsache des Besitzes) fodert, wo ein Rechtstitel vorgelegt werden muß. Pr.O. §. 711.

Der Eins.

14 Novbr. 1832 als Entscheidungsgrund bemerkt: „daß „wenn unter der Herrschaft der ältern Gesetzgebung beide „Theile einen simultanen Besitz dargethan hätten, die „Gerichte von der diskretionären Gewalt Gebrauch ge„macht und entweder die Parteien in das Petitorium ver„wiesen oder Sequestration angeordnet oder einer Partei, „welche das scheinbarste Recht gehabt, oder die meiste „Sicherheit dargeboten, den einstweiligen Besitz (recréance) „zugeschieden hätten, und daß weder der Code civil noch „der Code de proc. eine diesem Gerichtsgebrauch wider„streitende Bestimmung enthalte." Wenn nun unser §. 723 nicht ausdrücklich von der Umgehung des Besitzurtheils spricht, so mag dies daher rühren, daß er nach Weiler's Zeugniß nicht allein für die bisher besprochene Endverfügung, sondern auch für Nebenverfügungen während eines possessorischen oder petitorischen Rechtstreits als Norm dienen und zurechtgerichtet werden sollte, und die aus dieser Vermischung so verschiedenartiger Fälle hervorgegangene zu allgemeine Fassung ist es, was die Auslegung so schwierig macht und einer gedeihlichen Anwendung noch lang im Weg stehen wird.

In Frankreich, wo die in Frage liegende Maxime keine ausdrückliche Gesetzesbestimmung zum Rückhalt hat, ist dieselbe nicht ohne Anfechtung geblieben, wie aus Dalloz a. a. O. zu ersehen ist. Man hat eingewendet, daß dadurch ohne Noth eine wahre Justizverweigerung der Friedensrichter, denen die Entscheidung von Besitzstreitigkeiten aufgegeben sei, sanktionirt werde; denn sei am Ende eines Besitzprozesses der Besitz des Klägers ungewiß, so müsse dieser nach dem Grundsatz: actore non probante reus absolvitur — mit der Klage abgewiesen werden, ohne daß es auf den Besitz des Beklagten ankomme; sei von beiden Theilen der Besitz bewiesen, so sei er ihnen entweder als gemeinschaftlich zuzuerkennen, oder aber auch hier der Kläger, weil er keinen ausschließlichen Besitz dargethan, abzuweisen, und einer Umgehung des Besitzurtheils bedürfe es überall nicht. Allein diese Gründe haben den Kassationshof von seiner Maxime nicht abgebracht und jedenfalls schlagen sie bei uns nicht an, da dieselbe einmal, wie oben gezeigt, durch den §. 723 der Pr.-O. zum Gesetz erhoben ist.

Die Absicht, welche sowohl dem französischen und niederländischen Verfahren als auch unserer Pr.O. zu Grunde liegt, ist augenscheinlich keine andere, als die strenge Nachweisung der Einjährigkeit und der Ausschließlichkeit des Besitzes, welche der Art. 23 des Code de proc. und nach diesem unser §. 723 als Erfordernisse aufstellt, zu mildern und sich hierin wieder dem römischen Recht zu nähern. Zu diesem Zweck wurden in Frankreich schon andere Mittel versucht, indem man dem Art. 23 die Deutung geben wollte, als ob der Besitzkläger die Einjährigkeit nur gegen den einjährigen Besitzbeklagten zu beweisen habe und gegen kürzere Besitzer nicht. Belime traité de la possession No. 345. Allein dieser dem Art. 23 ganz widerstrebenden Auslegung zogen die Gerichte zwei andere Auswege vor, indem sie einmal gegen gewaltsame oder thätliche Besitzergreifung eine besondere Mandatsklage, reintegrande, gestatteten, welche keinen einjährigen Besitz erfordert und dem possessorium sumarissimum des deutschen Prozesses entspricht, und dann, daß sie, wie schon bemerkt, bei ungewissem Besitz eine einstweilige Verfügung zuließen, um sofort das Recht entscheiden zu lassen. Unsere Gesetze haben zum Schutz des jüngern Besitzes außer dem Vortheil, welche dem Besitzer die Stellung als Beklagter geben kann, keine Mittel, als die gewöhnliche Bescheinigung einer großen Schadensgefahr erfordernde einstweilige Verfügung des §. 674 der Pr.O. und die in den Grenzen des §. 84 u. 93 des Strafgesetzbuchs gehaltene Eigenmacht. Um so wichtiger ist aber das Schutzmittel, welches unser §. 723 gewähren soll, indem er es in das weise Ermessen des Richters legt, da wo das strenge Festhalten am Beweis der Besitzerfordernisse zu großer Härte führen würde, nur eine Vorkehr über den Genuß zu treffen, und es auf das Recht ankommen zu lassen. Daß man bei Aufnahme dieses unscheinbaren und keineswegs mit der seiner Bedeutung entsprechenden Klarheit abgefaßten Paragraphen wirklich ein Schutzmittel für den jüngern beziehungsweise nicht vollkommen erwiesenen einjährigen Besitz bezweckte, wird von Weiler a. a. O. bezeugt.

Geht man nun näher auf die Frage ein, wann ungewisser Besitz anzunehmen sei, und welche Rücksichten den Richter bestimmen sollen, statt eines Besitzurtheils eine einstweilige Verfügung zu erlassen, so kann wie schon oben angedeutet der Besitz nur in den beiden Fällen ungewiß sein, wenn entweder beide Theile einjährigen juristischen Besitz dargethan haben oder wenn es kein Theil gethan hat; hat es nur ein Theil gethan, sei es der Kläger oder der Beklagte, so ist kein ungewisser Besitz vorhanden und der §. 723 nicht anwendbar. Beide erstgedachte Fälle der Ungewißheit umfaßt aber dieser Paragraph, was man aus seiner allgemeinen Fassung und seinem Ursprung schließen muß. Haben nun

1) beide Theile einjährige nach Pr O. §. 714 Abs. 1 geeigenschaftete Besitzhandlungen für sich, so wird vorerst zu prüfen sein, ob letztere nicht als gemeinschaftliche oder als nach bestimmten Richtungen gesonderte zu betrachten sind, welcher letztere Fall in Frankreich z. B. da angenommen wird, wo Einer den Boden und der Andre die Bäume ausschließlich benutzt und bebaut hat (possessio sub diverso respectu). Auch in diesen beiden Fällen ist kein ungewisser Besitz vorhanden, sondern es ist im ersten Fall Beiden der gemeinschaftliche Besitz und im letzten Fall Jedem sein Besitzkreis zuzutheilen, daher ein ungewisser Besitz nur da anzunehmen, wo die beiderseitigen Besitzhandlungen auf Ausschließlichkeit gerichtet sind und eine bewußte oder unbewußte Kollision vorliegt. Belime No. 401. Dalloz T. III. p. 213—19. Alsdann wird die Stärke der beiderseitigen Besitzhandlungen und besonders auch das dieselben kolorirende den animus bekräftigende Recht gegen einander abzuwägen sein, um zu ermessen, ob einem Theil der Besitz zugesprochen oder nur provisorisch verfügt werden soll.

2) Hat kein Theil den juristischen Besitz vollkommen dargethan, so ist das Ermessen schwieriger. Während nemlich in Frankreich die Behauptung des Beklagten, daß er den juristischen Besitz habe, gleichsam als Widerklage oder judicium duplex behandelt und Beweis gefodert wird (Dalloz No. 699), gilt in unserm Prozeß der Grundsatz, daß vorerst der Kläger seinen Besitz zu beweisen habe und der Beklagte zusehen kann, ob ihm dies gelingt oder nicht. Tritt nun der Beklagte keinen Gegenbeweis an, so wäre eine gegenseitige Abwägung nicht möglich und tritt er ihn an, so sollte er dafür nicht schlimmer behandelt werden, als wenn er es nicht thut. Gleichwohl wird der §. 723, wenn er nicht dem Belieben des Beklagten preisgegeben werde und alle Bedeutung verlieren soll, auch in diesen beiden Fällen Anwendung finden müssen, weil immerhin vorausgesetzt wird, daß der Kläger mehr oder weniger ausschließliche, den Besitz des Beklagten schwächende Besitzhandlungen beweist und der Letztere sich nicht beklagen kann, wenn auf diesen von seiner Seite nicht entkräfteten Beweis mehr Gewicht gelegt wird, als wenn er Gegenbeweis geliefert hätte. Doch wird man dem gedachten prozessualischen Grundsatz immerhin so viel Rechnung tragen müssen, daß man den Beklagten wegen der blosen Unterlassung des Gegenbeweises nicht schlechthin als nichtbesitzend oder schlechterbesitzend annehmen darf, da für ihn die Vermuthung streitet, sondern es wird alsdann darauf ankommen, ob der Kläger einen mehr oder weniger ausschließlichen Besitz dargethan hat. In der Regel wird aber der Beklagte bemüht sein, seinen Besitz durch Gegenbeweis zu rechtfertigen, wozu er wie in Frankreich so auch bei uns durch die im §. 723 niedergelegte Maxime eine besondere Aufforderung erhält. Dagegen bietet der §. 723 durch den Ausdruck Thatsache des Besitzes das weitere Bedenken dar, ob auch dann, wenn die Dauer gewiß ist, wenn hergestellt ist, daß der Besitz nur eine bestimmte Zeit unter einem Jahr gewährt hat, die Thatsache des Besitzes als ungewiß anzunehmen sei. Soweit kann man jedoch nicht gehen, weil das Gesetz nicht sowohl eine Milderung der Besitzerfordernisse selbst, als vielmehr jene des Beweises bezweckt und somit immerhin die Wahrscheinlichkeit einer einjährigen Dauer voraussetzt; ist also gewiß, daß der Besitz kein Jahr gedauert hat, so ist kein ungewisser Besitz vorhanden. Unmöglich ist es freilich nicht, daß die Gesetzgebungskommission auch an Fälle dieser Art gedacht hat, da es allerdings hart ist, wenn ein Kläger, der eilf Monate im Besitz war, einem Beklagten, der vielleicht nur einige Tage Besitz für sich hat, unterliegen soll, und es wäre dem angenommenen Grundsatz der Billigkeit angemessen gewesen, auch hier eine Verweisung in das Petitorium zu gestatten. Das niederländische Gesetz, welches nur verlangt, que le droit de possession n'est qas suffisamment justifié, scheint sich auch wirklich auf derartige Fälle zu beziehen. Aber gerade der Ausdruck Thatsache des Besitzes steht entgegen, solche Fälle unter den §. 723 zu stellen, weil damit deutlich gesagt ist, daß auch die Dauer ungewiß sein müsse, die zur Thatsache des Besitzes wesentlich gehört. Man muß also immerhin fodern, daß eine einjährige Besitzdauer, die nicht nachgewiesen ist, wenigstens nicht unwahrscheinlich sei, wenn sie als ungewiß gelten soll.

Außer der Dauer können aber auch die übrigen Erfordernisse des juristischen Besitzes, welche der §. 714 Abs. 1 der Pr.O., sowie die L.R.S. 544e. und 2229 aufstellen, nemlich die ununterbrochene, öffentliche, unzweideutige, aus der Meinung des Eigenthumsbesitzes fließende Inhabung ungewiß sein, welche sämmtlich zur Thatsache des Besitzes gehören, die man, wie schon bemerkt, von der Thatsache des Besitzens oder Inhabens wohl unterscheiden muß. Auch diese Eigenschaften dürfen im einzelnen Fall wenigstens nicht unwahrscheinlich oder gar widerlegt sein, da auch sonst kein ungewisser Besitz vorhanden

ist. Sind aber diese Eigenschaften, die sich ohnehin meistens aus den Besitzhandlungen selbst ohne weiteren Beweis ergeben, nur nicht ganz gewiß, so kann der Richter nach Abwägung der gegenseitigen Beweise und mit Rücksicht auf das scheinbarste Recht, entweder ein Besitzurtheil erlassen oder sich auf eine einstweilige Verfügung beschränken. Welche Art von Verfügung, ob Sequestration, gemeinschaftlicher Genuß oder Ueberlassung an eine Partei, getroffen werden soll, wird im einzelnen Fall weniger Schwierigkeit darbieten.

Diese Andeutungen mögen genügen, bis die Praxis Stoff zu nähern Erörterungen darbietet, vorausgesetzt nemlich, daß die hier versuchte Auslegung des § 723 Eingang findet. Die französischen Rechtsfälle, die oben erwähnt sind, enthalten so wenige Einzelnheiten und beruhen wohl so sehr auf dem Eindruck der mündlichen Verhandlung, daß daraus für die Anwendung bei uns keine nähere Anleitung geschöpft werden kann.

Hofgerichtsrath Schmidt

IV.

Literaturbericht.

Das großh. bad. Preßgesetz vom 15. Februar 1851 mit Erläuterungen von J. B. Bekk, großh. bad. Staatsrath. Karlsruhe, Verlag von A. Bielefeld.

Die 89 Paragraphen des ursprünglichen Preßgesetzes vom 28. Dezember 1831 sind in dem neuen Preßgesetze auf 65 reducirt, über welche sich die belobten Erläuterungen der Reihe nach mit eben so großer Umsicht als tiefer Sachkenntniß verbreiten und damit zugleich die Nachweisung (S. 18 und 88) verbinden, daß im § 8 neben den §§. 4, 6 und 7 auch noch der §. 5 zu zitiren, so wie, daß mit dem §. 38 Abs. 2 die Fassung des §. 47 in Einklang zu bringen gewesen wäre.

In die übrigen Einzelheiten dieses für die Justiz- und Polizei-Beamten, wie für die Anwälte und die im §. 19 des Gesetzes genannten Personen kaum entbehrlichen Commentars näher einzugehen, liegt außerhalb des Planes dieses Berichts.

Schon der Name des zu den Primaten der Jurisprudenz gehörigen Herrn Verfassers bürgt für die Gediegenheit des vorliegenden Schriftchens, welches um so höheren Werth hat, als das darin abgedruckte Preßgesetz selbst unter seiner thätigen Mitwirkung zu Stand gekommen ist.

Nur ein Punkt soll hier berührt werden, worüber unsere Ansicht von jener des hochgeehrten Herrn Verfassers abweicht.

Nach den §§. 68 und 83 des alten Pr.G. waren schriftliche Vorträge bei den Hofgerichten ausnahmsweise und bei dem Oberhofgerichte in der Regel zu erstatten. Diese schriftlichen Vorträge wurden aber durch die §§. 7 und 8 des provisorischen Gesetzes vom 1. Aug. 1849 (Reggsbl. No. 48 S. 405) als unpassend und nutzlos abgeschafft, eine Abänderung, die mit dem ganzen Provisorium nicht allein diesseits,

Annalen XVII. 28–31.

sondern überhaupt von sämmtlichen Gerichtshöfen des Landes sehr beifällig aufgenommen worden ist.

Die in dem provisor. Gesetz enthaltenen Vorschriften des Verfahrens hat nun das neue Preßgesetz mit unbedeutenden Modificationen adoptirt und der schriftlichen Vorträge mit keiner Silbe erwähnt, wie auch die Erläuterungen S. 109 ausdrücklich anerkennen. Gleichwohl wird dort (zum §. 61) zu deduciren versucht, daß in Fällen, wo die Recursverhandlung ohne Vorladung der Zeugen, beziehungsweise Vorlesung ihrer Aussagen vorgenommen werde, nach Maaßgabe des §. 284 der Str.P.O. ein schriftlicher oder mündlicher Vortrag in der öffentlichen Sitzung zu erstatten sei.

Dieser Folgerung aus §. 241 der Str.P.O. können wir jedoch Angesichts der historischen Entstehung des neuen Preßgesetzes und hingesehen auf dessen §. 63 verglichen mit dem Tit. XVII. der Str.P.O. weder beipflichten, noch den Erfolg wünschen, daß die schriftlichen Vorträge durch die Praxis wieder eingeführt würden. Und was im Uebrigen zum Verständniß der Sache gehört, wird der die Verhandlung leitende Präsident nach Anweisung der §§. 229 und 233 zur Sprache bringen.

D. R.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. | No. 30. | Mannheim, 26. Juli 1851.

I.

Die Verbrechen des neuen Strafgesetzbuches. Begriff und Thatbestand.

(Fortsetzung. *)

XX.

§. 52.

Von der Erpressung. (Tit. XXIX. des Str.G.B.)

Die peinl. Gerichtsordnung übergeht das Verbrechen der Erpressung mit Stillschweigen. In der Doctrin und Praxis vermißte man die Uebereinstimmung über den Begriff und den Umfang dieses Verbrechens. Insbesondere war die Beantwortung der Frage: worin sich dasselbe von dem Raube unterscheide, unüberwindlichen Schwierigkeiten ausgesetzt. **)

Unser Gesetzbuch hat den

Begriff

der Erpressung dahin festgestellt, daß sich derselben Jeder schuldig macht, der in gewinnsüchtiger Absicht thätliche Gewalt oder Drohung mit gegenwärtigen oder zukünftigen Uebeln gegen Andere widerrechtlich anwendet, um sie zu bestimmten, positiven, ihre eigenen oder die Vermögensrechte dritter beeinträchtigenden, Handlungen zu nöthigen.

§. 417. „Wer einen Anderen, zum Nachtheil desselben, oder eines Dritten, zur Unterschrift oder Ausstellung oder zur Auslieferung, Abänderung oder Vernichtung einer Urkunde, welche die Anerkennung oder die Begründung von Verbindlichkeiten in Ansehung von Vermögensrechten, oder die Tilgung solcher Verbindlichkeiten ausdrückt, durch thätliche Gewalt oder Drohungen der im §. 410 bezeichneten Art, oder durch andere zur Erregung gegründeter Besorgnisse für Leib oder Leben geeignete Handlungen in der Absicht genöthigt hat, sich oder Anderen dadurch einen unrechtmäßigen Gewinn (§. 376) zu verschaffen, ist des Verbrechens der Erpressung schuldig und einem Räuber gleich zu bestrafen.

§. 418. Gleiche Strafe trifft denjenigen, der durch gleiche Mittel in gleicher Absicht Jemanden zu einer anderen Handlung genöthigt hat, welche demselben oder dritten Personen nachtheilige Verfügungen über Vermögensrechte enthält."

Andere Strafen treten ein, wenn die Erpressung durch Bedrohung

1) mit gerichtlicher Anzeige oder übler Nachrede (§. 419 das.),
2) mit Mord oder Brandlegung (§. 420 das.),
3) Brandlegung gegen einzeln stehende Höfe, oder ganze Gemeinden (§. 421 das.),

---

*) Siehe No. 11, 12, 18, 26 und 27 dieses Jahrgangs.

**) Wie streitig der Thatbestand der Erpressung im gemeinen Rechte war, davon wird man sich leicht überzeugen, wenn man die in den Lehrbüchern dieses Rechts vorkommenden Definitionen mit einander vergleicht. Sie zeichnen sich, wie die Gesetzgebungen der neuern Zeit, durch einen auffallenden Mangel an Uebereinstimmung aus. Ich verweise auf Henke, 3. Th. §. 166 S. 473. v. Feuerbach, §. 430 Note II. des Herausg. Hefter, S. 316. Abegg, §. 209 und Tittmann, 3. Th. §. 515. Mittermaier, Abh. über den Begriff der Erpressung im Crim.-Arch. B. 6 S. 205—207. „Die Schwierigkeit für den gemeinrechtlichen Richter, den richtigen Begriff zu bestimmen, ist dadurch vermehrt, daß in der Carolina über das Verbrechen keine Vorschrift vorkommt, und der Richter sich nur an das röm. Recht halten muß, das selbst höchst unbestimmt in dieser Lehre ist.

4) mit andern künftigen Uebeln (§. 422 das.),
verübt ist.

Der §. 419, welcher sich auch auf die weitern §§. 420—422 bezieht, weicht von der Bestimmung des §. 417 ab, indem er blos von dem *Bedrohen* spricht und auf den *Erfolg* der Drohung nur hinsichtlich des Strafmaaßes Rücksicht nimmt, während der §. 417 mit den Worten: „*genöthiget hat*" den Erfolg (die Erreichung des Zweckes) ganz entschieden in den Begriff des Verbrechens der Erpressung aufnimmt.

Unterscheidung dieses Verbrechens von dem Raube und der Gewaltthätigkeit.

Hiernach unterscheidet sich die Erpressung von dem Raube

a) in Ansehung des Gegenstandes. Der Raub hat *Sachen und Personen*, die Erpressung *Handlungen und Personen* zum Gegenstande.

b) In Ansehung des Hauptzweckes. Derselbe besteht bei dem Raube in der *Vollendung des Diebstahls*, bei der Erpressung in der *Ausstellung, Auslieferung, Abänderung oder Vernichtung einer Rechtsurkunde*.

c) In Ansehung der Beschaffenheit der Drohung, welche bezüglich auf die §§. 419—422 bezeichneten Fälle bei der Erpressung von der Drohung bei dem Raube darin wesentlich abweicht, daß sie nicht mit der Gefahr unverzüglicher Verwirklichung verbunden sein darf.

d) In Ansehung der *Vollendung*, hinsichtlich welcher ebenfalls eine bemerkenswerthe Verschiedenheit eintritt. *)

Von dem Verbrechen der Gewaltthätigkeit unterscheidet sich die Erpressung in Ansehung der Mittel und des Zweckes, welch letzterer bei der Gewaltthätigkeit ein *allgemeiner*, bei der Erpressung ein ganz *specieller* ist. **)

*) Ueber die öffentliche Erpressung durch Anwendung der Amtsgewalt, oder Drohung mit derselben, desgleichen durch Befehl oder Täuschung, verübt von öffentlichen Dienern, s. die §§. 671 und 672 des Str.G.B.

**) Vergl. *Mittermaier* a. a. O. S. 222 und 225. „Der Unterschied liegt theils in dem Gegenstande, theils in den Mitteln. Da bei dem Raube ein Diebstahl zu Grunde liegt, und dieser nur an Sachen verübt wird, so ist Raub auch nur da vorhanden, wenn einem Andern durch Drohung eine Sache abgenöthigt werden soll; überall dagegen, wo der Gegenstand der Abnöthigung ein Recht, oder eine Befreiung von Rechten ist, oder wo Zwang auf Ausstellung oder Herausgabe von Beweismitteln von Rechten geht, ist Erpressung vorhanden. Gegenstand des Raubs kann nur eine bewegliche und nur eine fremde Sache sein, während die Erpressung auch darauf gehen kann, ein Recht auf eine unbewegliche Sache zu erlangen, und ebenso auf Recht an eigenen Sachen gerichtet sein kann. Der Raub wird nur verübt durch das Wegnehmen von Seiten des Räubers; wogegen bei der Erpressung der Andere zu einer Handlung genöthigt wird. Bei dem Raube werden stets thätliche Gewalt oder Drohungen auf Leib und Leben angewendet, die mit der Gefahr unverzüglicher Verwirklichung verbunden sind, bei der Erpressung wird häufig nur ein in der Zukunft zu realisirendes Uebel gedroht." Bezüglich auf die Unterscheidung der Erpressung von dem crimen vis bemerkt derselbe: „Man kann den Satz aufstellen, daß die Erpressung ein besonderes aus der Classe der Gewaltthätigkeit hervorgehobenes Verbrechen mit der speciellen Richtung auf Vermögensvortheile ist."

§. 53.

Thatbestand.

Dieser besteht

1) in der Anwendung von thätlicher Gewalt oder Drohungen gegen Personen, um

2) diese zur Unterschrift, Ausstellung, Auslieferung, Abänderung oder Vernichtung
   a) einer Urkunde, welche die *Anerkennung* oder *Begründung* von Verbindlichkeiten in Ansehung von Vermögensrechten — oder die *Tilgung* solcher Verbindlichkeiten ausdrückt,
   b) zu einer andern Handlung, welche eine für sie selbst oder für Dritte nachtheilige Verfügung über Vermögensrechte enthält,

   zu nöthigen.

3) In der Erreichung des sub 2 bezeichneten verbrecherischen Zweckes.

4) In der Absicht, sich selbst oder Andern dadurch einen unrechtmäßigen Gewinn zu verschaffen. *)

Die Merkmale 1 und 4 hat die Erpressung mit dem Raube gemein; es kommen deßhalb auch jene Grundsätze zur Anwendung, welche bei der Frage über den That-

*) Statt des in §. 377 des Entw. gebrauchten Ausdrucks: „unrechtmäßigen Vortheil", wählte die Commission die Worte: „unrechtmäßigen Gewinn", theils weil man denselben Ausdruck §. 376 gebraucht hat, theils weil er auch geeigneter, als der andere erschien, um einen unrechtmäßigen Vermögensvortheil, von dem hier allein die Rede ist, zu bezeichnen und um außerdem die hier ebenfalls nicht gerügten Fälle der mittelst unerlaubter Nöthigung vollzogenen Selbsthilfe, die man leicht wegen ihres raschen Verlaufes, im Vergleich mit dem Suchen erlaubter Hilfe als einen Vortheil, aber nicht als einen eigentlichen Gewinn am Vermögen bezeichnen könnte." *Bohm* Comm.-Ber. S. 24, 2.

bestand des Raubes entscheidend sind. Insbesondere ist es keine Erpressung, wenn sich Jemand aus freiem Antriebe oder durch Arglist oder durch Rücksichten anderer Art oder durch eine Gewalt verleitet, welche den gesetzlichen Bestimmungen (§. 417, 419—422) nicht entspricht, zur Vollbringung einer der sub 2 angeführten Handlungen entschließt, oder wenn die Gewalt zu einem andern, als dem vom Gesetze bezeichneten Zwecke, z. B. zur Ausstellung eines vortheilhaften Dienstzeugnisses, angewendet wird, oder wenn man bei Ausübung derselben einer widerrechtlichen Beeinträchtigung der eigenen Vermögensrechte entgegenwirkt, indem man z. B. die Auslieferung der Handschrift über ein Darleihen verlangt, welches längst durch Zahlung getilgt ist.

Gegen den §. 419, wie solcher nach den Beschlüssen der ersten Kammer in das Gesetzbuch aufgenommen wurde, und folgende Fassung erhielt:

> „Ist eine Erpressung dadurch verübt, daß der Andere mit gerichtlichen Anzeigen oder Anklagen, oder mit der Aussage von strafbaren oder unsittlichen Handlungen, die denselben in der öffentlichen Achtung herabzusetzen geeignet sind, bedroht wurde, so wird der Thäter ꝛc.

erhob der Abgeordnete Weller Einsprache. „Der Ausdruck: unsittlich, bemerkte derselbe, könne zu weit führen. Alles, was gegen unsere Sitten sei, lasse sich als unsittlich bezeichnen, aber nicht alles Sittenwidrige seie strafbar.“ Er wurde von dem Abgeordneten Welker unterstützt, der den Ausdruck: in der öffentlichen Achtung herabzusetzen — als vag und verwerflich erklärte, und demselben den Ausdruck: der öffentlichen Verachtung preiszugeben — substituiren wollte.

Obschon nun die Fassung des Entwurfes: „Der Verachtung preisgeben,“ wie ich schon früher bei Abhandlung der Lehre von den Injurien zeigte, besser gewesen wäre, hat man, und zwar mit Recht auf die geäußerten Bedenken keine Rücksicht genommen. Erwägt man nämlich, daß es sich hier nicht um die Bestrafung eines Verbrechens gegen die Ehre, oder die Persönlichkeit, sondern gegen die Vermögensrechte Anderer handelt, und daß der Zweck und die Absicht des Handelnden die Bedrohung eines Andern mit künftigen Uebeln zum Verbrechen macht, so wird man sich leicht überzeugen, daß es bei der Beurtheilung des in Frage stehenden Verbrechens darauf nicht ankommen könne, ob die Aussage, mit welcher der Andere bedroht wird, an und für sich strafbar oder erlaubt, wahr oder unwahr sei, daß es vielmehr genüge, wenn die Drohung so beschaffen ist, daß sie im Allgemeinen oder in Folge individueller Verhältnisse einen zureichenden Röthigungsgrund zu der Handlung enthält, wodurch der Thäter sich selbst oder Andern einen unrechtmäßigen Gewinn verschaffen will.*)

Vollendung.

Das Verbrechen der Erpressung ist vollendet

a) in den Fällen der §§. 417 und 418.

in dem Augenblick, wo der Thäter seinen Zweck (die Ausstellung, Auslieferung ꝛc.) erreicht hat, vorausgesetzt, daß er wirklich animo lucri fac. handelte;

b) in den § 419—422 gedachten Fällen — in gleicher Voraussetzung —

mit der Vollbringung jener Handlung, welche einen psychologischen Zwang enthält, demnach in dem Augenblick, wo der Andere mit den daselbst bezeichneten Uebeln bedroht wird.**)

---

*) Kammerprot. der 97. öffentl. Sitzung vom 27. Juni 1844 S. 250—251.

v. Feuerbach a. a. O. §. 430 Note VIII. des Herausg.

Bohm Comm.-Ber. S. 25. „Dabei ist kein Unterschied in Bezug auf die Strafbarkeit der Röthigung gemacht, ob diese Anzeigen oder Anklagen, mit denen gedroht wird, gerecht oder ungerecht sind, weil in dem einen, wie in dem andern Fall ein unrechtmäßiger Eingriff in das Eigenthumsrecht eines Andern vorliegt. Ob aber auch die Drohungen mit Verläumdungen oder gerichtlichen Anzeigen, welche behufs der Erreichung eines unrechtmäßigen Gewinnes angewendet werden, von der Art waren, daß sie unter den obwaltenden Umständen eine wahre Röthigung enthalten haben, dieß muß der Richter im einzelnen Falle immer erwägen, weil der §. nicht ein leichtes, unbegründetes Nachgeben gegen den Bedrohenden, sondern den Fall voraussetzt, daß die gedrohte Verläumdung oder Anklage ein solches Uebel für den Bedrohten sein würde, daß die Androhung selbst für ihn als die zum Thatbestand der Erpressung erforderliche Röthigung angesehen werden muß.“

**) Motive zu §. 377 des Entw. S. 117 N. 2a. und b. Die Worte: „ist des Verbrechens der Erpressung schuldig und einem Räuber gleich zu bestrafen“ enthalten hiernach nur eine halbe Wahrheit, weil der §. 413 des Strafr. der hinsichtlich der Vollendung bei dem Raube eine Ausnahme von der Regel begründet, in dem Titel „von der Erpressung“ nicht herübergezogen wurde, ungeachtet derselbe bezüglich auf die §§. 417 und 418 mit vollem Recht auch hier hätte zur Anwendung gebracht werden können. Man wollte jedoch, wie Bohm in seinem Commiss.-Ber. S. 25 bemerkt, sich mit der von dem Entwurf aufgestellten Regel nicht einmal begnügen, vielmehr die Vollendung erst dann eintreten lassen, wenn der Bedrohte wirklich in materiellen Schaden versetzt worden. Es läßt sich somit die Absicht des Gesetzgebers, die singuläre Bestimmung

Da hier nicht eine unverzügliche, sondern eine blos bevorstehende Verwirklichung des angedrohten Uebels in Frage steht, so können die in den erwähnten §§. aufgeführten Drohungen ebensowohl schriftlich als mündlich geschehen.

Die Erreichung des Zweckes wirkt hier eine Erhöhung der Strafe. Zum Thatbestand des Verbrechens gehört sie in den Fällen der §§. 419—422 nicht.

Darauf, ob der Bedrohte einen Vermögensnachtheil erlitten, ferner, ob der Thäter die verbrecherische Absicht, sich oder Andern einen unrechtmäßigen Gewinn zu verschaffen, erreicht hat oder nicht, kömmt es bei dem Begriffe der Erpressung überhaupt so wenig an, wie bei dem Raube.*)

---

des §. 413 auf den Raub zu beschränken, trotz der für die Ausdehnung derselben auf die Erpressung sprechenden Gründe nicht wohl bezweifeln.

*) Bohm S. 25. „Die Majorität der Commission glaubt aber auf dieses Bedenken nicht eingehen zu können, weil die vollendete Ueberwaltigung der Person als das vorherrschende Strafmoment erscheine, und die Vermögensbenachtheiligung in Hintergrund treten muß, und vom Gesetzgeber um so eher in Hintergrund gestellt werden kann, als der Thäter, sobald von dem andern die Urkunde ausgestellt; die Verfügung, um die es sich handelte, getroffen worden ist, Alles gethan hat, was von seiner Seite zum Vollzug der verbrecherischen Handlung zu thun beabsichtiget war, und als es ferner sehr bedenklich wäre, die Bestrafung dessen, der eine so bedeutende Gewaltthätigkeit gegen eine Person verübt hat, wie sie hier vorausgesetzt wird, so lange hinauszuschieben, bis sich, was in den einzelnen Fällen oft längere Zeit andauern kann, herausstellt, ob der Genöthigte in Folge der von ihm ausgestellten Urkunde, oder der von ihm getroffenen Verfügung in wirklichen Vermögensschaden kommen wird, oder nicht."

Jedenfalls darf nicht übersehen werden, daß in der Bestimmung §. 419 der Ausdruck: „Zweck" mit dem Ausdruck: „Absicht" verwechselt wird. Der Zweck des Handelnden ist nämlich kein anderer, als der oben §. 53 sub 2 bezeichnete. Derselbe wird in der Absicht, sich oder andern einen unrechtmäßigen Gewinn zu verschaffen, verfolgt, oder in einer Absicht, von welcher der hier maaßgebende §. 417 keine Notiz nimmt. Die Stelle des Gesetzbuches S 100 Zeile 6 von oben muß daher dahin umschrieben werden: wenn er seinen Zweck erreicht hat. Fehlt es an der gewinnsüchtigen Absicht, so kann auch von einer versuchten Erpressung des erreichten Zweckes ungeachtet, die Rede nicht sein. Die That fällt vielmehr in einem solchen Falle unter ein anderes Strafgesetz.

II.

Ueber die Rangordnung der Hypotheken.*)

Ueber die Rangordnung der Hypotheken, dieselben in ihrem Verhältniß untereinander aufgefaßt, enthält der C. c. Art. 2134 die allgemeine Bestimmung, es solle der Rang derselben in der Regel und abgesehen von einigen speziellen Ausnahmsfällen, nach dem Datum der Inscription sich richten; diese Vorschrift ist auch in Baden geltend, obgleich sie hier durch L R S. 2218a. No. 4 die bedeutende Modification erfahren hat, daß auch die nicht inscribirten Unterpfandsrechte einen Vorzug vor den blos chyrographarischen Forderungen genießen und untereinander nach der Zeit ihrer Entstehung sich ordnen. Sowohl die Originalbestimmung des französischen, wie die ergänzende des badischen Rechts beruhen offenbar auf dem eben so natürlichen wie richtigen Grundsatz, daß die ältere Hypothek der jüngern vorzugehen habe, da eine einmal bestehende Hypothek durch alle nachträglich von Seiten des Eigenthümers der verpfändeten Liegenschaft auf dieselben kommenden Unterpfandsrechte gemäß der bekannten Rechtsregel: nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet, in ihrem Bestande nicht geschmälert werden kann. Nach französischem Rechte entsteht nun eine Hypothek, abgesehen von den bekannten, auch im Art. 2134 C. c. berührten zwei Ausnahmen, mit voller Wirksamkeit gegen dritte, d. h. andere Personen als den Verpfänder selbst, immer erst durch Inscription, daher ihr Rang sich nach der Zeit dieser bestimmen soll; nach badischem Rechte hat eine der Inscription eigentlich bedürftige Hypothek gleichwohl auch ohne diese wenigstens gegen die andern Gläubiger des Pfandschuldners, wenn auch nicht gegen dritte Erwerber der belasteten Liegenschaft, rechtliche Wirksamkeit, freilich nur in der Art, daß das der Inscription bedürftige, aber nicht inscribirte Unterpfandsrecht schlechthin allen richtig inscribirten oder gesetzlich von der Inscription dispensirten Hypotheken nachsteht und nur vor den blos handschriftlichen Gläubigern einen Vorzug gewährt; dem entsprechend bestimmt sich nach badischem Rechte der Rang der inscribirten, und darum unbedingt gegen jeden dritten wirkenden Hypotheken nach dem Datum ihrer Inscription, der der nicht inscribirten, aber von der Inscription auch nicht dispensirten, die darum nur gegenüber den chyrogra-

---

*) Mitgetheilt von dem Herrn Privatdocenten Dr. Jolly in Heidelberg.

pharischen Gläubigern einen Effect haben, nach der Zeit ihrer Entstehung. Der allgemeine Grundsatz, nach welchem die Rangordnung der Hypotheken bestimmt wird, ist also im badischen Recht derselbe, wie im rein französischen, und kann deßhalb für beide Rechtssysteme einer gemeinschaftlichen Erörterung unterworfen werden, obgleich er im badischen Rechte in einer andern Weise als in dem rein französischen angewendet wird. Betrachten wir nun diesen einfachen Grundsatz, so scheint seine Anwendung kaum einer Schwierigkeit unterworfen; gleichwohl gehört aber die Bestimmung der Rangordnung der Hypotheken zu den schwierigsten und bestrittensten Punkten in der auch sonst so viele Zweifel erregenden Lehre von dem Pfandrecht. Die in dem Gesetzbuche ausdrücklich ausgesprochenen Regeln genügen nicht, um alle Fälle darnach entscheiden zu können. Die Inscription kann nämlich eine Hypothek nicht neu begründen, sondern nur einer bereits vorhandenen volle Wirksamkeit gegen dritte Personen verschaffen, ist also eine noch nicht vollständig zur rechtlichen Existenz gelangte Hypothek inscribirt, was unter Umständen z. B. bei einer bedingten Verpfändung möglich ist, so kann der Rang dieser Hypothek nicht schlechthin nach der Zeit der Inscription sich richten, zu welcher jene noch gar nicht fest begründet war. Ferner, die Hypothek setzt als ein seinem Begriffe nach unselbstständiges, nur accessorisches Recht eine prinzipale Forderung voraus, und sie kann als ein dingliches Recht an der Sache des Verpfänders nicht früher vorhanden sein, als dieser Eigenthümer der zu belastenden Liegenschaft war. Die Inscription kann nun wieder erfolgt sein, ehe die der Hypothek zu Grunde liegende Forderung definitiv entstanden oder der Verpfänder Eigenthümer geworden war, so daß auch hier bei der Anwendung der Regel, der Rang der Hypotheken richtet sich nach dem Datum ihrer Inscriptionen, Modificationen derselben eintreten müssen. Erinnern wir uns noch der mannichfaltigen Verwickelungen, welche hinsichtlich des Ranges mehrerer Hypotheken durch Zession derselben oder Subrogation, durch Collission genereller und specieller Unterpfandsrechte, durch Regelwidrigkeiten bei der Inscription, der Beschränkung oder Streichung derselben u. a. m entstehen können, so stellt sich die Zahl der bei der Rangbestimmung der Hypotheken zu überwindenden Schwierigkeiten als groß heraus, und bei dem Stillschweigen des Gesetzes über alle diese Detailfragen kann uns die Verschiedenheit in den Ansichten der Schriftsteller nicht wundern. Das Schweigen des Gesetzgebers ist übrigens, weit entfernt, ihm zum Vorwurf zu gereichen, vielmehr eine anerkennenswerthe Resignation desselben, die Lösung von Fragen, die in ihrer reichen Mannichfaltigkeit nicht durch wenige, kurze Regeln entschieden werden können, der Wissenschaft zu überlassen, dem Gesetz muß es an der allgemeinen Vorschrift genügen: der Rang einer Hypothek hängt von dem Datum ihrer Inscription ab. Die Aufgabe der Wissenschaft ist es, diese Regel so auszuführen und so anzuwenden, daß sie mit dem auf gleiche Geltung Anspruch habenden Grundsatz nicht in Widerspruch geräth, eine Hypothek könne sich nicht von einer frühern Zeit her datiren, als alle Voraussetzungen ihres Bestehens gegeben waren; und ebenso kommt es nur der Jurisprudenz, nicht dem Gesetzgeber zu, den Einfluß zu bestimmen, welchen die oben erwähnten besondern Verhältnisse auf die allgemeine Regel ausüben können. Wenn wir im Folgenden die Lösung dieser verschiedenen Fragen versuchen, so scheint das Bedenken, das die vielen Schwierigkeiten der Aufgabe hervorrufen müssen, kaum durch den Reiz vergütet, welcher durch die zusammenhängende, systematische Bearbeitung einer Materie immer geboten wird; denn gerade auf diesen systematischen Zusammenhang wird verzichtet werden müssen. Wir können und müssen zwar von gewissen bereits angedeuteten allgemeinen Grundsätzen ausgehen, aber die Hauptaufgabe liegt nicht in der Auseinandersetzung derselben, sondern in ihrer Anwendung auf eine Reihe einzelner Fälle. Dessenungeachtet empfiehlt sich aber die Aufgabe nicht blos durch ihre hohe praktische Bedeutung; sondern gerade jene Nothwendigkeit der kasuistischen Bearbeitung einiger einfacher allgemeiner Regeln scheint ihr einen besondern Vorzug zu verleihen, da durch jene das Verlieren in dem System, eine namentlich für deutsche Juristen so gefährliche Klippe, fast unmöglich gemacht wird.

Da, wie wir gesehen haben, die Vorschriften des Art. 2134 C. c. und für das badische Landrecht des L.R S. 2218 a. No. 4, eigentlich nichts anderes besagen, als daß der Rang einer Hypothek sich nach dem Zeitpunkt bestimmt, in welchem sie zuerst mit voller Wirksamkeit gegen dritte resp überhaupt entstanden ist. Da aber dieser Zeitpunkt, wenn gleich er jedenfalls erst in den Moment der Inscription resp. des Entstehungsaktes des Unterpfandrechtes fallen kann, doch anderer Seits auch in keinem Falle früher eintreten kann, als alle Voraussetzungen zur Existenz einer Hypothek gegeben sind: so verlangt es die logische Ordnung, daß wir zunächst bestimmen, wann

jene Bedingungen erfüllt sind. Ist diese Frage beantwortet, so ist der schwierigste Theil der Aufgabe gelöst, indem die Fixirung des Momentes der Inscription, resp. des Entstehungsaktes der Hypothek, als äußerlicher, in die Augen fallender Thatsachen, ohne Mühe geschehen kann.

Die erste Voraussetzung für eine jede Hypothek, als ein unselbstständiges, lediglich accessorisches Recht, ist die Existenz einer prinzipalen Forderung; so lange eine solche noch nicht vorhanden ist, kann auch eine Hypothek unmöglich existiren, so vielfache Schritte auch zur Begründung einer solchen bereits vorläufig geschehen sein mögen. Da der Aufschub der Vollziehbarkeit bekanntlich die Existenz eines Rechtes nicht aufschiebt, so kann für eine betagte Forderung schon jetzt eine Hypothek mit alsbaldiger Wirksamkeit entstehen; und da eine eintretende Suspensivbedingung zu retrotrahiren ist *), so erlangt eine Hypothek, die zum Schutze eines bedingten Forderungsrechtes bestimmt ist, mit der Erfüllung der aufschiebenden Bedingung, von dem Tage an volle Wirksamkeit, da das Forderungsrecht zuerst unter der Bedingung entstanden ist, so weit nämlich ihre Existenz und ihre Wirksamkeit nur von der Existenz einer prinzipalen Forderung abhängt. Eine Bedingung, deren Erfüllung rein von der Willkür des Schuldners abhängt, ist aber bekanntlich keine wahre Bedingung, vielmehr eine unter solcher Beschränkung übernommene Verbindlichkeit von Anfang an nicht zu Recht bestehend **), mithin ist auch eine für eine derartige Schuld errichtete Hypothek schlechthin ungültig und kann erst in dem Moment zur Existenz gelangen, in welchem der Schuldner, auf seine bisherige Willkür verzichtend, in einer von seinem freien Willen nicht mehr abhängigen Weise die Verbindlichkeit übernimmt. Endlich versteht es sich ganz von selbst, daß für ein überhaupt noch gar nicht weder bedingt noch unbedingt existirendes Forderungsrecht auch eine Hypothek nicht bestellt werden kann, und daß, wenn dies dennoch in Erwartung des nachträglichen Zustandekommens eines Forderungsrechtes vorläufig geschehen ist, die Hypothek erst von da an datirt werden darf, da die Obligation wirklich zur Existenz gelangt war; denn das wesentlich unselbstständige, lediglich accessorische Unterpfandsrecht kann unmöglich in einer früheren Zeit als bestehend gedacht werden, als seine unentbehrliche Grundlage, das prinzipale Obligationsverhältniß vorhanden war.

*) Art. 1179 C. c.

**) Art. 1174 C. c.

Dieses eben so einfache als unumstößlich wahre Entscheidungsprinzip, das namentlich von Puchta *) mit gewohnter Schärfe auf das nachdrücklichste hervorgehoben wird, ist aber auffallender Weise von den meisten Bearbeitern des französischen nicht nur, sondern auch des in dieser Beziehung auf gleichem Standpunkte stehenden römischen Rechts übersehen oder wenigstens nicht mit der Energie und in dem Umfange benutzt worden, wie es geschehen sollte. Man suchte, statt einfach zu fragen, wann kann ein bestimmtes Obligationsverhältniß nach seiner konkreten rechtlichen Natur als existent geworden betrachtet werden, durch mannichfaltige kunstvolle und verwickelte Unterscheidungen sich zu helfen, und die Verwirrung stieg noch durch den vermeintlichen Widerspruch zwischen der auch von französischen Juristen in dieser Lehre vielfach erörterten l. 11 pr. D. qui pot. in pign. 20, 4. — l. 4 D. quæ res pign. 20, 3 und l. 1 pr. D. qui pot. in pign. Diese Stellen, welche in der That nur auf dem oben angegebenen Entscheidungsprinzip beruhen, scheinen ihren Worten nach sich auf andere Gründe zu stützen und waren dadurch die Veranlassung zu verschiedenen von einander abweichenden Theorien über unsern Gegenstand.

So lehren die einen, die für eine künftige Forderung bestellte Hypothek sei, immer das nachträgliche Zustandekommen der Forderung vorausgesetzt, nach der Zeit des Bestellungsactes zu datiren, wenn entweder der künftige Schuldner oder der künftige Gläubiger rechtlich verpflichtet gewesen sei, die künftige Forderung zur Existenz gelangen zu lassen; andere wollen diese Rückdatirung nur im ersten Falle zugeben, während wieder andere glauben, die Sache auf die Lehre von den Bedingungen zurückführen zu können; wenn das Zustandekommen der künftigen Forderung von der Willkühr des künftigen Schuldners abhänge, könne die Forderung bei ihrer späteren Existenz und mithin auch die Hypothek, als von einer in die Willkühr des Schuldners gestellten Bedingung abhängig, nicht retrotrahirt werden; hänge aber das Zustandekommen der künftigen Forderung nicht von der Willkühr des künftigen Schuldners, sondern höchstens von der des künftigen Gläubigers ab, dann seien die wirklich entstandene Forderung und Hypothek allerdings rückzudatiren, da sie hier im Verhältniß zum Schuldner von einer Casualbedingung abhängig gewesen seien. **) Alle diese künstlichen Regeln

*) Vorles. über d. heutl. röm. R. §. 210.

**) Vergl. z. B. Troplong des priv. et hyp. II. No. 471 ff. Battur des priv. et hyp. II. No. 283. Duranton cours de droit

müssen dem eben so einfachen als unumstößlich wahren Grundsatze weichen, für eine noch gar nicht existirende Forderung ist eine Hypothek nicht möglich, und diese kann also in keinem Falle von einer Zeit datirt werden, in welcher jene überhaupt noch nicht vorhanden war. Was insbesondere die oben zuletzt angedeutete, auf den ersten Blick so bestechende Theorie anbelangt, so ist gegen dieselbe zunächst einzuwenden, daß eine Forderung, welche ohne den freien Willen des künftigen Schuldners nicht zu Stande kommen kann, nicht ohne Weiteres einer solchen gleichgestellt werden kann, die von einer in die Willkühr des Schuldners gegebenen Bedingung abhängt; ihr Zustandekommen ist jedenfalls auch durch eine entsprechende Handlung des künftigen Gläubigers bedingt, welche der Schuldner, selbst wenn jener zu deren Vornahme rechtlich verpflichtet wäre, nicht nach freier Willkühr herbeiführen kann; will man also hier überhaupt von Bedingungen reden, so würde vielmehr eine s. g. gemischte als eine für den künftigen Schuldner reine Potestativbedingung vorliegen, und darnach, im Widerspruch mit den Anhängern dieser Theorie und im Widerspruch mit der oben aufgestellten, allein richtigen Ansicht, bei eintretender Bedingung Forderung und Unterpfandsrecht immer retrahirt werden müsse. Außerdem ist es aber auch durchaus unrichtig, daß ein Forderungsrecht, dessen künftiges Zustandekommen von der Willkühr, sei es des künftigen Schuldners oder des künftigen Gläubigers, abhängt, oder zu dessen späterer Realisirung schon jetzt der eine oder andere von jenen rechtlich verpflichtet sein mag, schon jetzt bedingter Weise existire. Es existirt vielmehr jetzt noch gar nicht; sein wirkliches Zustandekommen hängt nicht, wie das bei bedingten Rechtsverhältnissen der Fall ist, von einem von der Vertragsintention selbst verschiedenen, künftigen Umstande ab, sondern gerade die in rechtsverbindlicher Weise geschehende Bethätigung dieser Vertragsintention fehlt noch und wird nur erst erwartet; ehe sie wirklich erfolgt ist, ist noch gar kein, weder ein bedingter, noch ein unbedingter Vertrag vorhanden, und ist sie erfolgt, so hat der Vertrag offenbar erst von jetzt und nicht von irgend einem früheren Zeitpunkt an seine Existenz erlangt.

Mit Hilfe der bisher entwickelten Grundsätze wird es leicht werden, eine Reihe einzelner Fälle mit vollkommener Sicherheit zu entscheiden, die zum Theil schon seit Jahrhunderten Gegenstand lebhafter Controversen sind. A. verspricht dem B., diesem künftig, wann er es verlange, ein Darlehen von bestimmtem Betrage zu geben; letzterer räumt ersterem dafür eine Hypothek ein. Das Forderungsrecht und mithin auch die Hypothek gelangen erst in dem Moment zur Existenz, da der Darlehnsvertrag wirklich zu Stande kommt, was nach der Natur des in Frage stehenden Vertrags, als eines s. g. Realkontraktes, erst durch die Auszahlung der geliehenen Summe an den Darlehnsempfänger geschieht *); erst von da an und nicht von dem Momente der früheren, vorläufigen Verabredung an, ist also die Hypothek zu datiren. Der Grund dieser entscheidung liegt lediglich darin, daß vorher die unentbehrliche Voraussetzung der Hypothek, nämlich die Darlehensobligation, schlechthin nicht vorhanden ist, nicht darin, daß diese Obligation von einer in die Willkühr des Schuldners gestellten Bedingung abhänge. Das Zustandekommen des Vertragsverhältnisses hängt hier, wie ich oben zeigte, keineswegs von der Willkühr des Schuldners allein ab; es besteht vielmehr überhaupt noch gar nicht, auch nicht bedingter Weise, so lange die zur Begründung des fraglichen Realkontraktes erforderliche Handlung, nämlich das Hingeben der verliehenen Consumtibilien mit der Absicht des dereinstigen Rückempfanges, noch nicht vorgenommen worden ist. Deßhalb wird die Lage der Sache auch dadurch nicht geändert, daß der künftige Darlehnsgläubiger zur Gewährung des Darlehns rechtlich verpflichtet ist, und selbst eine Unbilligkeit kann in dieser Entscheidung nicht gefunden werden, da der künftige Darlehnsgläubiger, wenn in der Zwischenzeit zwischen der vorläufigen Verpfändung und der Realisirung des Darlehns weitere, nach den bisherigen Ausführungen ihm vorgehende Hypotheken zu voller Wirksamkeit gelangt wären, das Darlehen jedenfalls nur dann zu geben braucht, wenn ihm die hypothekarische Sicherheit in demselben Maaße zu Theil wird, in welchem er sie bei der früheren Verabredung zu erwarten berechtigt war. Anders dagegen verhält sich die Sache bei der kaufmännischen Crediteröffnung, welche daher **Battur** **) mit Recht von der vorläufigen Verabredung über ein künftiges Darlehen unterscheidet, während **Duranton** ***) diesen Unterschied zu übersehen scheint. Unter der kaufmännischen Crediteröffnung versteht man ge-

franç. XIX. No. 244. Zachariä Handb. d. frz. C.R. II. §. 266 Note 31. Vangerow, Pand. I. §. 372, Anmerk. 3. Thibaut, Pand. §. 807.

*) Art. 1892 C. c.

**) C. c. II. p. 181.

***) C. c. XIX. No. 244.

wöhnlich den Fall, wenn einer (A.) dem andern (B.) verspricht, er (A.) wolle bis zu einem bestimmten Betrag die von dem letztern (B.) auf ihn, meistens durch Wechsel, angewiesenen Zahlungen berichtigen. Die Partheien verständigen sich hier nicht über ein künftig zu realisirendes Darlehen; denn wenn auch A. wirklich die von B. auf ihn angewiesenen Zahlungen effectuirt, entsteht dadurch nicht ein Darlehnskontrakt, indem es eben so wohl an der dazu erforderlichen Absicht, als an derjenigen Thatsache fehlt, ohne welche ein Darlehen eine Unmöglichkeit ist, nämlich das Geben von Consumtibilien durch den Darleiher an den Entlehner oder dessen Beauftragten. Das Verhältniß ist vielmehr das eines einfachen Mandats; B. hat den A. beauftragt, für ihn bis zu einem gewissen Betrag Zahlungen zu leisten, A. hat diesen Auftrag angenommen; führt er ihn wirklich aus, so hat er wegen seiner Auslagen die actio mandati contraria, um Ersatz derselben zu verlangen. Das Mandatsverhältniß und folgeweise auch die eventuelle Ersatzverbindlichkeit des Mandanten ist von Anfang an und zwar unbedingt begründet, und eine zur Sicherung der Erfüllung der letzteren bestellte Hypothek ist also, soweit ihr Datum nur von der Existenz einer Prinzipalobligation abhängt, von dem Moment an zu datiren, da die Verabredung zu Stande kam, nicht von da an, da die einzelnen Zahlungen successiv erfolgten. Ganz unrichtig ist die von Troplong *) und Duranton **) aufgestellte Behauptung, es liege hier eine Verbindlichkeit vor, die von einer in die Willkühr des künftigen Schuldners gestellten Bedingung abhängig sei. Allerdings kann die Ersatzverbindlichkeit des B. nicht ohne dessen Willen entstehen, nämlich nur in Folge seiner Zahlungsanweisungen, da andern Falles der A. keine Auslagen hat; dadurch wird aber die Verbindlichkeit des B. nicht eine bedingte, sondern nur eine eventuelle, indem es in der Natur des Mandatsverhältnisses selbst liegt, daß eine Ersatzpflicht des Mandanten nur in Folge wirklicher Auslagen des Mandatars entsteht.

Ein derartiger künftiger Umstand aber, von welchem schon kraft Gesetzes und nicht erst in Folge eines besondern Willensactes der Partheien das Entstehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, ist bekanntlich keine wahre Bedingung und darf nicht als solche behandelt werden. Schwerlich wird Jemand behaupten, die Ersatzverbindlichkeit des Mandanten, der seinen Mandatar beauftragte, etwas für ihn zu kaufen und den Preis sogleich zu bezahlen, sei eine bedingte, weil sie erst entstehe, wenn der Mandatar wirklich gekauft und den Kaufpreis bezahlt habe; eben so wenig kann in unserem Falle von einer bedingten Verbindlichkeit die Rede sein, wo die Ersatzverbindlichkeit des Mandanten davon abhängt, daß der Mandatar in Folge einer Anweisung des Mandanten eine Zahlung leistet, da doch offenbar die Art und Weise, wie die Auslagen des Beauftragten veranlaßt werden, vollkommen gleichgültig erscheinen muß. Läge dagegen in der kaufmännischen Crediteröffnung nichts anderes als die Zusage des einen, dem andern ein Darlehen geben zu wollen, dann müßte auch hier die oben für ein künftig zu realisirendes Darlehen gegebene Entscheidung Platz greifen.

Ganz eben so wie der bisher erörterte, ist auch der weitere von Troplong *) hervorgehobene Fall zu entscheiden, wenn der Eigenthümer von Waaren mit einem Fabrikanten übereinkommt, dem letzteren Waaren zur Verarbeitung zu übergeben, und sich wegen der Restitution derselben eine Hypothek bestellen läßt; auch hier datirt das Unterpfandsrecht, soweit sein Datum von der Existenz des Forderungsrechtes abhängt, vom Tag der getroffenen Uebereinkunft, aber nicht wie Troplong meint, darum, weil das Entstehen der Restitutionspflicht des Fabrikanten von einer für diesen kasuellen Bedingung abhängt, nämlich der Uebergabe der Waaren durch deren Eigenthümer, sondern darum, weil das durch die Hypothek zu schützende Obligationsverhältniß von Anfang an pure, wenn gleich in einer Beziehung nur eventuell bestand. Aus eben diesem Grunde muß ich mich gegen eine von Troplong **) referirte und wie es scheint gebilligte Entscheidung des Boëtius erklären, wornach die Hypothek, welche ein Wirth einem Bierlieferanten für verabredete Bierlieferungen bestellt, nicht von der Zeit des Vertrags, sondern von der der einzelnen Lieferungen an datiren soll, weil die Zahlungsverbindlichkeit des Wirthes von der in dessen Willkühr gestellten Bedingung abhänge, daß er Bierlieferungen annehme. (Forts. flgt.)

*) C. c. II. p. 478.
**) C. c. XIX. No. 244.

*) C. c. II. No. 476.
**) C. c. II. No. 478.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. No. 31. Mannheim, 2. August 1851.

I.

Ueber die Rangordnung der Hypotheken.

(Fortsetzung.)

In der That liegt hier aber gar nichts anderes als ein einfacher Lieferungsvertrag, d. h. ein Kaufvertrag mit Zeitbestimmung vor; die Zahlungsverbindlichkeit des Wirthes ist von Anfang an pure aus dem Kaufvertrage entstanden, obgleich, wie sich von selbst versteht, unter der Voraussetzung, daß er die Waare erhalte, für welche er den Kaufpreis bezahlen soll. Die Entstehung der Verbindlichkeit des Wirthes ist so wenig in dessen Willführ gestellt, daß er den Kaufpreis sogar dann bezahlen müßte, wenn er die rite angebotene Waare nicht annähme. Die Entscheidung des Voetius ist nur unter der Voraussehung richtig, wenn der Wirth sich seinerseits gar nicht gebunden und sich nur das Recht erwirkt hat, von dem Bierbrauer jeder Zeit Bierlieferungen zu bestimmtem Preise verlangen zu können; aber auch hier nicht darum, weil die Zahlungsverbindlichkeit des Wirthes von einer in seine Willführ gestellten Bedingung abhängig wäre, sondern darum, weil es überhaupt an einer Zahlungsverbindlichkeit des Wirthes fehlt, die nur aus dem wirklich abgeschlossenen Lieferungsvertrag nicht aus der Verabredung hervorgehen kann, es solle vielleicht einmal ein solcher Vertrag abgeschlossen werden. Endlich sei hier auch noch der Hypothek gedacht, welche der Ehefrau kraft Gesetzes wegen Restitution der dos unter Voraussetzung des Dotalsystems zusteht, und welche nach der Vorschrift des Art. 2135 No. 2 von dem Tage des Eheabschlusses zu datiren ist, ohne Rücksicht darauf, ob zu dieser Zeit die dos bereits inferirt und also die Restitutionspflicht in concreto bereits begründet war oder nicht. Diese Entscheidung darf wieder nicht daraus erklärt werden, daß die Restitutionspflicht von einer für den Ehemann kasuellen Bedingung abhänge, nämlich von der Auszahlung der dos, deren Annahme er nicht verweigern dürfe; die Vorschrift unseres Artikels beruht vielmehr darauf, daß durch die Constituirung der dos wie die Pflicht zur Illation, so auch die eventuelle Pflicht der Restitution entsteht, beides aber erst vom Tage des Eheabschlusses an, da die dos als solche nur unter Voraussetzung der Ehe existiren kann. Daß die rückfordernde Frau unter Umständen*) die wirklich geschehene Illation beweisen muß, macht diese letztere so wenig zum eigentlichen Entstehungsgrund der Restitutionspflicht, als z. B. die Zahlungsverbindlichkeit des Käufers auf den Empfang der Waare darum gegründet werden könnte, weil der Verkäufer, um jenen fordern zu dürfen, beweisen muß, er habe diese geliefert oder wenigstens rite angeboten.

Die bisherigen Erörterungen haben zu dem Resultate geführt, daß eine Hypothek, soweit ihr Datum nur durch die Existenz eines prinzipalen Forderungsrechtes bedingt ist, von dem Moment an datirt werden kann, da das zu Grund liegende Obligationsverhältniß begründet ist, sollten auch aus diesem in concreto noch keine Verbindlichkeiten des Schuldners hervorgegangen sein, diese vielmehr noch von irgend welchen künftigen Ereignissen abhängen, aber von andern, als der genügend geschehenen Bethätigung der Vertragsintention, die wir als feststehend voraussetzen. Dieser Satz zerstreut die Zweifel, welche die Entscheidung mancher weiterer Fälle erregen könnte. So enthält z. B. der Art. 2135 No. 1 C. c. nur eine Anwendung unserer Regel, wenn er vorschreibt, die gesetzliche Hypothek des Mündels datire sich von dem Momente an, da die Verantwortlichkeit des Vormunds begonnen habe. Damit ist nämlich die Obligatio zwischen Vormund und

---

*) Art. 1569 C. c.

Mündel, die Grundlage der Hypothek, vollständig und pure begründet, wenn auch die einzelnen konkreten Verbindlichkeiten des Vormunds erst in einem späteren, widerrechtlichen Thun oder Unterlassen desselben ihre Entstehung finden mögen. Da die Hypothek des Mündels unmittelbar auf dem Gesetz beruht, also, ohne einen besondern Begründungsakt vorauszusetzen, gleichzeitig mit der Obligatio selbst entsteht und da ferner diese gesetzliche Hypothek, ausnahmsweise auch ohne Inscription volle Wirksamkeit gegen Dritte hat, so datirt sie schlechthin von dem Tage der beginnenden Verantwortlichkeit des Vormunds, indem damit alle Voraussetzungen ihrer Existenz und vollen Wirksamkeit zu gleicher Zeit gegeben sind. Aus dem gleichen Grunde wie die gesetzliche Hypothek des Mündels, ist auch die des Staates an den Liegenschaften seiner Rechner und zur Rechnungsablage verpflichteten Verwalter, soweit ihre Wirksamkeit nur von der Existenz einer prinzipalen Obligatio abhängt, von dem Tage an zu datiren, da die Verantwortlichkeit des Rechners oder Verwalters entstand, nicht von den einzelnen Tagen an, da jene einen Posten für den Staat eingenommen und nicht wieder abgeführt haben. Endlich finden in unserem Satze auch die gesetzlichen Bestimmungen über das Datum der Hypothek der Ehefrau an den Liegenschaften des Mannes ihre Erklärung, wobei übrigens noch einige besondere Schwierigkeiten zu überwinden sind. Da auch diese Hypothek wie die des Mündels unmittelbar auf dem Gesetz beruht und auch ohne Inscription volle Wirksamkeit gegen Dritte hat, so müßte sie nach strenger Consequenz schlechthin von dem Tage an zu datiren sein, da die einzige oder die mehreren verschiedenen zu Grunde liegenden Obligationen zwischen Mann und Frau zur Existenz gelangt sind, ein Grundsatz, der zwar leicht ersichtlich im Ganzen bei den verschiedenen Vorschriften des Art. 2135 No. 2 C. c. festgehalten, aber doch nicht durchaus mit unerbittlicher Strenge durchgeführt ist. Er entspricht vollkommen dem allgemeinen Prinzip, wenn die Hypothek der Ehefrau wegen Rückgabe ihres Heirathsgutes, sofern sie dieses überhaupt nach dem in der bestehenden Ehe geltenden Gütersysteme bei Auflösung derselben herausverlangen darf, so wie überhaupt wegen aller ihrer aus dem Heirathsvertrage hervorgehenden Ansprüche von dem Tage des Eheabschlusses an datiren soll, denn die Pflicht des Ehemannes zur Restitution jenes und zur Erfüllung dieser ist unmittelbar mit dem Eheabschlusse vollständig rechtlich begründet, sollte auch das Heirathsgut noch gar nicht oder zum Theil noch nicht inferirt sein, und obgleich die in dem Heirathsvertrage der Frau zugestandenen Ansprüche erst bei Auflösung der Ehe realisirt werden dürfen. Nur ist hier eines der wenigen im C. c. vorkommenden Widersprüche zu gedenken, indem nach Art. 2194 und 2195 die Hypothek der Ehefrau vom Tage des Heirathsvertrags, nicht wie Art. 2135 No. 2 will, vom Tage des Eheabschlusses an datiren soll, eine Antinomie, welche übrigens für das badische Recht in Folge der abändernden Uebersetzung der Art. 2194 u. 2195 weggefallen ist. Die Mehrzahl der Schriftsteller*) zieht bei der in Frage stehenden Antinomie den Art. 2135 vor, hauptsächlich aus dem äußern Grunde, weil dieser Art. speciell zur Regulirung des Datums der gesetzlichen Hypothek der Ehefrau bestimmt sei, während die Art. 2194 und 2195 unmittelbar auf andere Verhältnisse sich bezögen und nur gelegentlich des Datums der gesetzlichen Hypothek der Ehefrau gedächten. Mann kann zu diesem äußern auch noch den innern Grund hinzufügen, daß die Vorschrift des Art. 2135 C. c. allein allgemeinen Rechtsgrundsätzen entspricht, während die der Art. 2194 und 2195 damit unvereinbar ist. Von einer Verbindlichkeit des Ehemannes, das Heirathsgut zu restituiren oder andere in dem Heirathsvertrage gegebene Versprechen zu erfüllen, kann nämlich nicht eher die Rede sein, als bis die Ehe wirklich abgeschlossen ist; denn es darf das Zustandekommen der Ehe nicht als wahre Bedingung angesehen werden, von welcher die Parteien willkührlich die Giltigkeit des Heirathsvertrags abhängig gemacht hätten, und welche bei ihrer Erfüllung eine rückwirkende Kraft äußerte, sondern der wirkliche Abschluß der Ehe ist eine rechtlich nothwendige Voraussetzung für das Dasein eines Heirathsgutes oder die Giltigkeit eines Heirathsvertrages. Die auf diesen Fundamenten beruhenden Verbindlichkeiten des Mannes können also bei dem nachträglich erfolgten Eheabschluß nicht auf den Tag des Heirathsvertrages retrotrahirt werden, da sie ohne die Ehe gar nicht existiren, also auch nicht in einer der Ehe vorangehenden Zeit als existirend gedacht werden können. Die herrschende, schon früher von Tarrible**) angegriffene Meinung ist

---

*) Vergl. z. B. Dur. cours de dr. frc. XX. No. 20. Persil régime hyp. ad. art. 2135 II. Grenier des hyp. I. 243. Battur des priv. et hyp. III. No. 396. Zachariä, Handb. d. frz. C.R. §. 264 N. 26.

**) Répert de jurisprud. v. inscript. § 3 No. 8.

aber neuerdings wieder von Troplong *) mit dem ganzen Aufwand von Scharfsinn und Gelehrsamkeit, wie wir sie bei diesem Schriftsteller zu finden gewohnt sind, bekämpft worden, und die Ansicht dieser Autoren geht dahin, die Art. 2135, 2194 und 2195 C. c. seien neben einander zur Anwendung zu bringen, jener wenn kein, dieser wenn ein Heirathsvertrag abgeschlossen sei. Die Behauptung von Troplong, nur die von ihm aufgestellte Ansicht stehe mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Einklang, indem schon durch den Heirathsvertrag die Obligatio des Mannes entstehe, freilich zunächst unter der gemischten Bedingung der nachfolgenden Ehe, die aber bei ihrer nachträglichen Erfüllung rückwirkende Kraft habe, ist schon in dem Obigen widerlegt. Es bleibt also nur noch das eine Argument für Troplong, man habe jedes Gesetz im Zweifel so auszulegen, daß es nicht mit sich selbst im Widerspruch stehe, und deßhalb seien die widersprechenden Vorschriften der Art 2135 einer, und 2194 und 2195 anderer Seits in der von ihm vorgeschlagenen Weise auf verschiedene Fälle zu beziehen. So richtig aber auch diese Interpretationsregel an sich sein mag, so unmöglich ist ihre Anwendung in unserem Falle, indem der Art. 2135 welcher von den aus dem Heirathsvertrage hervorgehenden Ansprüchen der Ehefrau (conventions matrimoniales) spricht, seinem klaren Wortlaut nach unmöglich auf den Fall einer ohne Heirathsvertrag abgeschlossenen Ehe beschränkt werden kann.

Die konsequente Durchführung unseres Prinzips, daß die gesetzliche Hypothek der Ehefrau wegen Rückgabe ihres Heirathsgutes von da an zu datiren sei, da die Obligatio des Mannes zur Restitution zuerst begründet war, würde das weitere Resultat ergeben, daß diesem Unterpfandsrechte das Datum des Eheabschlusses auch wegen Restitution dessen zuzugestehen wäre, was der Frau erst während der Dauer der Ehe zufällt und ihr Heirathsgut vermehrt; denn nicht die konkrete Verbindlichkeit des Ehemannes, dieß oder jenes bereits Empfangene zurückzugeben, sondern die Obligatio desselben zur Restitution des Heirathsgutes überhaupt bildet die Grundlage der gesetzlichen Hypothek der Ehefrau, und diese Obligatio besteht vom Tage des Eheabschlusses an eben so wohl für die der Frau erst während der Ehe anfallenden Vermögenstheile, als für dasjenige, was ihr zwar schon zur Zeit des Eheabschlusses gehörte, aber erst später inferirt wurde. Gleichwohl schreibt unser Gesetzbuch Art. 2135 No. 2 ausdrücklich vor, die gesetzliche Hypothek der Ehefrau wegen derjenigen Theile ihres Heirathsgutes, die ihr erst während der Ehe durch Erbschaft oder Schenkung zugefallen seien, solle erst von da an datirt werden, da die Erbschaft der Frau angefallen resp. die ihr gemachte Schenkung perfect geworden sei. Da die Frau durch eine ihr gemachte Schenkung des Nachlasses (Erbvertrag) noch kein actuelles Recht inter vivos, sondern nur ein unentziehbares Successionsrecht erhält, ist die Hypothek der Frau wegen Restitution dessen, was durch eine derartige Schenkung ihr während der Ehe als Vermehrung ihres Heirathsgutes zufällt, erst vom Tage des Erbanfalls, nicht vom Tage der gemachten Schenkung an zu datiren. Troplong *), scharfsichtiger als die meisten seiner Collegen, gibt das Singuläre dieser Rechtsvorschrift zu, besteht aber dennoch **), und wie ich glaube mit vollem Rechte darauf, dieselbe sei auch auf andere Fälle der Vermehrung des Heirathsgutes der Ehefrau während der Ehe anzuwenden, wie z. B. wenn sie während der Ehe einen Schatz erworben oder wenn sie zur Zeit des Eheabschlusses bereits eine ihr angefallene Erbschaft getheilt gehabt habe, diese Theilung aber während der Ehe wegen Verletzung um mehr als ein Viertel umstoße und nun bei der neuen Theilung mehr erhalte. Die gesetzliche Hypothek wegen Restitution dieses plus ist nicht vom Tage des Eheabschlusses, sondern erst vom Tage der erfolgten Nachzahlung an zu datiren. Wenn gleich nämlich singuläre Rechtsvorschriften nach bekannten Interpretationsregeln nicht analog auszudehnen sind, so muß doch einem solchen Gesetze eben so gut wie jedem andern, die volle ihm nach der erkennbaren Absicht des Gesetzgebers zukommende Geltung zugestanden werden, und es kann in unserm Falle, zumal unter Berücksichtigung der Bemerkungen des Tribunats, welche die jetzige Fassung des Gesetzes veranlaßten, kein Zweifel entstehen, daß die Absicht des Gesetzgebers die war, das Datum der Hypothek der Ehefrau wegen Restitution dessen, um was ihr Heirathsgut erst während der Ehe sich vermehrte, auf den Tag der eingetretenen Vermehrung zu setzen, und nicht auf die Zeit des Eheabschlusses zurückzuziehen. Statt diesen Satz generell auszusprechen, hat der Gesetzgeber mit einer in Gesetzen so häufigen Darstellungsweise nur die zwei Fälle hervorgehoben, wie solche nachträgliche

*) Des priv. et hyp. II. No. 578 flg.

*) l. c. No. 585.

**) l. c. No. 587.

Vermehrungen des Heirathsgutes am häufigsten entstehen, die gleiche Beurtheilung anderer Fälle einer solchen Vermehrung stillschweigend voraussetzend.

Endlich verfügt noch unser Art. 2135 No. 2 C. c. die gesetzliche Hypothek der Ehefrau wegen der Ersatzforderungen, die ihr zustehen könnten wegen Schulden, die sie (bei dem System der Gütergemeinschaft) mit dem Manne kontrahirte, oder wegen des Verkaufs ihrer eigenen Sachen durch den Mann, sei von dem Tage an zu datiren, da die Frau die Verbindlichkeit übernommen resp. der Mann ihre Sache verkauft habe. Die erste Entscheidung ist wieder, ohne alle positivrechtliche Singularität, lediglich ein Ausfluß des allgemeinen Grundsatzes, daß eine Hypothek erst von da an datirt werden könne, da das ihr zu Grund liegende Forderungsrecht existent geworden. Die Verbindlichkeiten des Mannes nämlich, in der Gemeinschaftsehe der Frau Ersatz zu leisten für die Schulden, welche sie mit ihm kontrahirt hatte, ist nicht eine unmittelbare Consequenz aus dem rechtlichen Wesen der Gütergemeinschaft, mithin auch nicht alsbald mit der Begründung dieser entstanden: sondern sie beruht auf der Unterstellung, die Frau werde unter dem Einflusse des Mannes gehandelt haben, und es werde also die Schuld in dessen Interesse oder in dem der Gemeinschaft kontrahirt worden sein. Liegt aber das Fundament der Forderung der Frau darin, daß sie als einfache oder solidarische Mitschuldnerin eine Schuld übernahm, die ihr nach der gesetzlichen Voraussetzung ganz oder wenigstens zum Theil fremd war, so ist es klar, daß dieses Forderungsrecht erst in dem Momente zur Existenz gelangte, da sie jene Schuld auf sich nahm; und demgemäß kann selbst durch eine ausdrückliche Verabredung in dem Heirathsvertrag die gesetzliche Hypothek der Ehefrau für ihre Ersatzforderung wegen der mit ihrem Manne etwa zu contrahirenden Schulden nicht auf die Zeit des Eheabschlusses zurückdatirt werden, da das accessorische Pfandrecht unmöglich vor der prinzipalen Forderung bestehen kann.*) Mehr Schwierigkeiten macht die Datirung der Hypothek der Ehefrau wegen ihrer Ersatzerforderung für ihre veräußerten eigenen Sachen. Es wird sich nichts gegen die Annahme einwenden lassen, daß der Art. 2135 No. 2 C. c. auch hier eine Gemeinschaftsehe voraussetzt. In einer solchen war aber unmittelbar mit dem Abschluß der Ehe das Recht des Mannes auf Besitz und Genuß auch der nicht in die Gemeinschaft gefallenen Sachen der Frau und mithin auch seine Verbindlichkeit zur dereinstigen Restitution derselben begründet. Es müßte demnach consequenter Weise die Hypothek für die Ersatzverbindlichkeit wegen Veräußerung der eigenen Sachen der Frau, wenigstens dann, wenn diese ohne Einwilligung der Frau geschah, von dem Tage des Eheabschlusses an datirt werden, da die Verbindlichkeit, Ersatz für dasjenige zu leisten, was nicht mehr in natura restituirt werden kann, natürlich eben so alt wie die Restitution selbst ist. Die klare Vorschrift des Gesetzes muß aber begreiflicher Weise anerkannt werden, und ich möchte selbst mit Troplong*) die Verabredung in dem Heirathsvertrag für unzulässig halten, die Hypothek solle gegen die Vorschrift des Gesetzes von dem Tage des Eheabschlusses an datirt werden. Diese Zurückdatirung ist hier zwar nicht, wie in dem obigen Falle, unmöglich, denn das prinzipale Obligationsverhältniß für die Hypothek existirt hier in der That von dem Tage des Eheabschlusses an: aber unser Gesetz ist wohl für prohibitiv zu halten, nach der Absicht des Gesetzgebers, welcher bei der Dispensation der gesetzlichen Hypothek der Ehefrau von der Inscription ein anderes als das gesetzlich bestimmte Datum für diese Hypothek nicht wohl zulassen kann, ohne dem System der Publizität allzu ungetreu zu werden und die andern Gläubiger des Mannes allzu bedeutenden, sehr schwer zu vermeidenden Nachtheilen auszusetzen. Die obige Klausel dürfte deßhalb wirksam sein, wenn die Hypothek mit ausdrücklicher Erwähnung derselben gehörig inscribirt wurde. Geschah die Veräußerung der eigenen Sachen der Ehefrau mit deren Einwilligung, dann entsteht die Ersatzforderung, welche hier von der Frau freiwillig an die Stelle ihres Restitutionsanspruches gesetzt wird, erst im Moment der Veräußerung und es ist also ganz konsequent und kann nicht anders sein, daß hier auch die Hypothek erst von diesem Zeitpunkt an datirt wird. Uebrigens dürfte nach der Absicht des Gesetzgebers unser Artikel auch auf den Fall zu beziehen sein, wenn während der Ehe an die Stelle des ursprünglichen Rechts der Frau auf Restitution ihrer eigenen Sachen ohne Zuthun des Mannes eine andere Ersatzforderung der Frau getreten ist, und es wird also z. B. die Hypothek der Frau für ihre Ersatzforderung wegen der Assecurranzgelder, welche der Mann für ihr während der Ehe abgebranntes

*) Tropl. des priv. et hyp. II. No. 588. a. M. Delv. cours de dr. civ. III, pag. 165. Zachariä l. c. §. 264 Note 30.

*) l. c. II. No. 589.

Haus bezogen hat, erst von dem Tage zu datiren sein, da der Mann jene Gelder in Empfang nahm. Dagegen kann die Vorschrift unseres Artikels auf die Veräußerung wirklicher Dotalgüter schon nach dem Wortlaut desselben nicht bezogen werden, da man unter dem Ausdruck »propres« in Abs. 3, welcher im Gegensatz zu »dot« in Abs. 1 gebraucht wird, unmöglich Dotalgüter der Frau verstehen kann, sondern ihn nothwendig auf solche Sachen der Frau beziehen muß, an welchen der Mann wenigstens nur beschränktere Rechte, als an dem eigentlichen Heirathsgut erlangt. Die Hypothek für die Ersatzforderung wegen veräußerter wahrer Dotalgüter ist vielmehr schlechthin nach dem Tage des Eheabschlusses zu datiren, da die Verbindlichkeit des Mannes zur Restitution der dos, sei es in natura, sei es dem Werth nach, ungetheilt auf das Ganze sich bezieht, und die Frau, selbst wenn sie in die Veräußerung von Dotalsachen einwilligte, an der dos und ihren Ansprüchen auf dieselbe während der Ehe nichts ändern konnte. *)

(Fortsetzung folgt.)

II.

Von dem Diebstahl. **)

(Fortsetzung der Abhandlung in den Annalen No. 15, 16, 23, 24.)

§. 7.

Privilegirter Diebstahl.

Privilegirte Diebstähle kann man diejenigen nennen, welche nach dem Strafgesetzbuch milder zu beurtheilen sind, als selbst der gewöhnliche gemeine Diebstahl. Solche privilegirte Diebstähle sind:

1) Die Entwendungen unter Ehegatten und an Abkömmlingen.

*) Tropl. l. c. II. No. 309. Zachariä l. c. §. 264 Note 29. A. M. Dur. l. c. XX. No. 31.

**) Mit dieser Abhandlung bezweckte ich nicht sowohl eigene neue Ansichten aufzustellen, als vielmehr dasjenige, was ich über diese Lehre in der gemeinrechtlichen und vaterländischen Literatur sowie in den Werken von Hufnagel und Häberlin gefunden habe, systematisch (meist wörtlich) zusammenzustellen und auf unser Strafgesetz anzuwenden und zwar zunächst zum Gebrauch der Praktiker, welchen diese Literatur größtentheils nicht zu Gebot steht.

D. E.

Bei diesen Entwendungen schließt das Strafgesetz sowohl die peinliche Klage als auch jede Strafe aus und gestattet nur eine bürgerliche Klage auf Wiedererstattung. §. 388. Der Inhalt dieser Bestimmung kommt überein mit dem römischen Recht, welches für die Fälle, da eine Entwendung unter Eheleuten oder unter Personen vorkommt, die unter sich im Verhältniß einer Familiengewalt stehen, ebenfalls nicht die strafrechtlichen Folgen des Diebstahls eintreten läßt, auch nicht die actio furti, sondern nur eine bürgerliche Klage auf Wiedererstattung, die actio rerum amotarum, gestattet. — Das Gesetz bedient sich hier des Ausdruckes „Entwendungen", um damit alle Arten der diebischen Zueignung zu bezeichnen, die zwischen Eheleuten oder gegen Abkömmlinge verübt werden können, neben den gemeinen Diebstählen auch die gefährlichen, wie die Diebstähle mit erschwerenden Umständen. Daß aber die Bestimmung des §. 388 nur auf die Formen widerrechtlicher Zueignung einer dem anderen Ehetheil oder einem Abkömmling zugehörigen Sache Anwendung findet und finden darf, welche die Handlung zum Diebstahl machen, ergibt sich aus der Ueberschrift des Titels (von dem Diebstahl), unter welchem dieselbe vorkommt. Das Gesetzbuch hat daher bei anderen Verbrechen unter den nämlichen Personen, bei welchen die nämliche Bestimmung ebenfalls gelten soll, wie z. B. bei der Unterschlagung (§. 406) und beim Betrug (§. 457) solche ausdrücklich wiederholt. (Motive der Regierung.) Auch andere Verbrechen, wo diese Wiederholung nicht statt gefunden hat, wie z. B. auf Raub, Erpressung, Urkundenfälschung u. s. w. findet also jene Bestimmung keine Anwendung. Bei Entwendungen (ebenso bei Unterschlagungen und beim Betrug) ist es aber einerlei, ob die Ehegatten beisammen wohnen oder nicht, ob sie (wenigstens bei Katholiken) geschieden sind oder nicht, ob sie in einer Gütergemeinschaft oder in abgesonderten Vermögensverhältnissen leben. Auch bei den Abkömmlingen kömmt es nicht darauf an, ob sie mit ihren Eltern in derselben Haushaltung leben oder nicht. Unter den Abkömmlingen sind sowohl die ehelichen als die unehelichen zu verstehen. Zweifelhaft ist, ob auch die Stiefkinder darunter verstanden werden können. Auf dieselben paßt der Ausdruck „Abkömmlinge" allerdings nicht, aber auch die Bestimmungen in den §§. 389, 390, 391 sind auf dieselben nicht anwendbar. Wenn man daher die Bestimmung des §. 388 nicht analog auf Diebstähle an Stiefkindern anwendet, so kommt man zu dem sonder-

baren Resultat, daß Diebstähle an Stiefkindern strenger beurtheilt würden, als an fremderen Personen. Ebenso ist zweifelhaft, ob bei Entwendungen unter Ehegatten und an Abkömmlingen auch gegen die Miturheber und Theilnehmer keine Untersuchung eingeleitet werden darf.

Da aber das Gesetz bei solchen Entwendungen überhaupt weder eine peinliche Klage noch eine Strafe zuläßt, so wird auch gegen die Miturheber und Theilnehmer gleichfalls keine Untersuchung eingeleitet werden können, sondern nur eine bürgerliche Klage auf Wiedererstattung zulässig sein.

2) Familiendiebstahl, worunter Diebstähle an Verwandten oder Verschwägerten in aufsteigender Linie oder an anderen, in derselben Haushaltung lebenden Verwandten oder Verschwägerten im zweiten, dritten oder vierten Grade der Seitenlinie verstanden werden. Die mildere Behandlung der Entwendungen dieser Art besteht nun darin, daß solche nicht von Amtswegen, sondern nur auf Anzeige des Familienhauptes oder des Bestohlenen, und wenn der Dieb und der Bestohlene unter demselben Familienhaupte stehen, nur auf Anzeige des letzteren untersucht und bestraft werden dürfen. §. 389. Der Grund dieser Bestimmung liegt in der Achtung, die man dem Familiengeheimniß, und in den Rücksichten, die man dem Familienfrieden schuldig ist. Wo nicht überwiegende öffentliche Interessen eine Ausnahme gestatten, sollen sich der Staat und seine Behörden in den ruhigen Kreis und das stille Geheimniß der Familien, welches bedeckt, was Andere nicht angeht, nicht eindrängen. Wo nun im Kreise der Familienglieder ein hierher gehöriges Vergehen gegen das Eigenthum vorgekommen ist, bei dem es beide, das Haupt der Familie sowohl, als der Bestohlene selbst, vermeiden, der Gerichtsobrigkeit eine Anzeige zu machen, oder deren Hülfe anzurufen, darf man annehmen, daß der Rechtsfrieden unter den Betheiligten wieder hergestellt, daß alles wieder ausgeglichen und gut gemacht sei, ohne daß es eines strafgerichtlichen Einschreitens bedürfte. Und was endlich andere Strafzwecke betrifft, so werden solche hier durch die häusliche Zucht, welche gegen das verirrte Familienglied zur Anwendung kommen wird, eben so sicher und noch schwerer erreicht werden, als durch die Anwendung der Diebstahlsstrafe.

Das Gesetz spricht hier ebenfalls von Diebstählen im Allgemeinen und ohne Beschränkung, um wieder nicht blos die gemeinen, sondern auch die gefährlichen Diebstähle wie die Diebstähle unter erschwerenden Umständen damit zu bezeichnen. (Motive der Regg.)

Vergl. Annalen XII., S. 338 mit oberhofg. Jahrb. n. F. VIII., S. 393.

Und es hat das Gesetz die Bestimmung des §. 389 bei der Unterschlagung und dem Betrug gleichfalls wiederholt, daher sie auf andere Verbrechen, wie z. B. auf Raub, Erpressung, Urkundenfälschung u. s. w. keine Anwendung findet.

Annalen XVII., S. 161.

Ueber die Personen, auf welche jene Bestimmung anwendbar ist, kommt nur Weniges zu bemerken. Vor Allem versteht sich von selbst, daß hier wie überall im Gesetze, die civilrechtliche Computation unterstellt wird. Bei Diebstählen an Verwandten oder Verschwägerten in aufsteigender Linie ist nicht nothwendig, daß die betreffenden Personen in derselben Familiengemeinschaft leben, wohl aber bei anderen Verwandten oder Verschwägerten im zweiten, dritten oder vierten Grade der Seitenlinie. Bei diesen werden also Diebstähle nach den gewöhnlichen Regeln über Diebstahl beurtheilt, wenn sie bereits eigene Haushaltung begründet haben, es ist somit alsdann eine Anzeige zur Einleitung der Untersuchung nicht nothwendig. Bisher hat die Praxis auch die von einem Miterben an der Erbschaft begangene Entwendung dem Familiendiebstahl gleich behandelt, d. h. nur auf Anzeige des Beschädigten untersucht; diese Praxis hat aber das Gesetz verlassen, indem zu solcher Ausnahme ein hinreichender Grund nicht vorliegt, nachdem zumal nach §. 379 der dem Miterben selbst zustehende Antheil an der entwendeten Sache bei Ausmittlung der Diebstahlsstrafe nicht in Betracht kommt. (Vergl. §. 2 dieser Abhandlung.)

Stehen der Dieb und der Bestohlene unter demselben Familienhaupte, so ist nur dieses berechtiget, auf Einleitung einer Untersuchung und Bestrafung anzutragen. Ist aber jenes nicht der Fall, so steht beiden, dem Beschädigten und dem Familienhaupte, auch selbstständig und unabhängig das Klagrecht zu, so daß, namentlich wenn das Familienhaupt nicht klagen will, der Bestohlene dennoch allein klagen kann.

Dadurch, daß ein Familiendiebstahl nur auf Anzeige untersucht und bestraft werden darf, wird die Natur des Verbrechens in keiner Weise geändert, vielmehr ist der Familiendiebstahl, einmal angezeigt, in dem Falle, wo er mit anderen Diebstählen oder überhaupt mit anderen Verbrechen desselben Thäters, die von Amtswegen untersucht

werden, concurrirt, d. h. mit ihnen Gegenstand desselben Strafurtheils wird, nach den allgemeinen Regeln über die Concurrenz mehrerer Diebstähle überhaupt, oder über die Concurrenz eines Diebstahls mit anderen Verbrechen zu beurtheilen; und es ist ebenso, bei einem schon wegen Familiendiebstahls verurtheilten Diebe, dieser Familiendiebstahl bei einem etwaigen Rückfalle des Thäters in das Verbrechen des Diebstahls in Rechnung zu ziehen. Der Familiendiebstahl wird nämlich nicht als Verbrechen eigener Gattung betrachtet, er soll nicht wie die Entwendungen unter Ehegatten und an Abkömmlingen dem Begriffe des Diebstahls selbst entzogen, sondern wenn er auf zuläßige Anzeige untersucht wird, ganz so wie ein anderer Diebstahl angesehen und mit der Strafe der §§. 377 bis 387 bestraft werden, je nachdem er ein gemeiner, ein gefährlicher, ein dritter oder ein unter erschwerenden Umständen verübter ist. (Commissionsbericht von Bohm.) Nach dem gemeinen Recht, so wie nach allen übrigen Gesetzbüchern bildet das verwandtschaftliche Verhältniß des Thäters und des Bestohlenen zugleich einen Milderungsgrund. Unser Strafgesetzbuch hat eine ähnliche Bestimmung nicht aufgenommen. Es kommt aber ein solches Verhältniß zu Folge der Bestimmung in §. 150—152 bei der Strafausmessung der Art in Betracht, daß die Strafe verhältnißmäßig herabgesetzt wird, es ist also ein Strafminderungsgrund. *)

Uebrigens kann die bereits geschehene Anzeige wieder zurückgenommen und es muß dem Antrage des Anzeigers auf Einstellung des Verfahrens, insofern nicht der Angeschuldigte selbst auf der Fortsetzung besteht, so lange stattgegeben werden, als noch das erste Erkenntniß nicht verkündet ist. §. 394. Nach Verkündung des ersten Erkenntnisses hat die Zurücknahme der Anzeige keine Wirkung mehr. Jedenfalls aber hat der Angeschuldigte das Recht, die Fortsetzung der gegen ihn eingeleiteten Untersuchung auch wider den Willen des Anzeigers zu verlangen, damit ihm nicht die Gelegenheit abgeschnitten ist, einen mit Unrecht, vielleicht aus Bosheit oder anderer Leidenschaft auf ihn geworfenen Verdacht durch den Verfolg der Untersuchung zu entfernen. (Commissionsbericht von Bohm.)

Was die fremden Theilnehmer an einem Familiendiebstahl betrifft, so war früher bestritten, ob solche zur Untersuchung und Strafe gezogen werden können, wenn der Familiendieb selbst auf Verlangen des Familienvaters straflos bleibt.

Oberhofg. Jahrb. n. F. IX. S. 252, 261.
Annalen XVII. S. 392.

Nach dem Strafgesetzbuch findet gegen fremde Theilnehmer an einem Familiendiebstahl, d. h. gegen solche Theilnehmer an diesem Diebstahl, welche zu dem Bestohlenen nicht in dem in §. 389 bezeichneten Verhältnisse stehen, ebenfalls nur auf gleiche Anzeige Untersuchung und Bestrafung statt. Jedoch kann der Antrag des Anzeigers auch auf Untersuchung und Bestrafung gegen die fremden Theilnehmer allein gerichtet werden. §. 392, 393. Bei dieser Bestimmung hatte man die nicht selten vorkommenden Fälle vor Augen, wo die Familienglieder eigentlich nur die von fremden Theilnehmern verführten Diebe sind, daher die Bestrafung dieser fremden Theilnehmer wegen der von ihnen ausgegangenen Verführung vorzugsweise gewünscht werden kann; während die Verzeihung dem verführten Familiengliede gegenüber durch das Familienverhältniß und durch die Umstände wohl begründet erscheint (Commissionsbericht von Bohm.) Unter den fremden Theilnehmern sind daher nicht blos die Gehilfen und Begünstiger, sondern auch die Miturheber und Anstifter zu verstehen.

3) Gemeine Diebstähle an Pflegeeltern, Pflegern, Vormündern und Erziehern. Hier sprechen die gleichen Gründe auch für gleiche Beschränkung der Strafverfolgung wie beim Familiendiebstahl, vorausgesetzt jedoch, daß die That zur Klasse der gemeinen Diebstähle gehört. (Motive der Rgg.) Solche Diebstähle können daher nur auf Anzeige der Bestohlenen untersucht und bestraft werden. §. 390. Auch gegen fremde Theilnehmer findet Untersuchung und Bestrafung ebenfalls nur auf gleiche Anzeige statt. §. 392. Ebenso kann der Antrag des Anzeigers auch auf Untersuchung und Bestrafung gegen den fremden Theilnehmer allein gerichtet werden. §. 393. Und es muß auch hier dem Antrage des Anzeigers auf Einstellung des Verfahrens, insofern nicht der Angeschuldigte selbst auf der Fortsetzung besteht, so lange stattgegeben werden, als noch das erste Erkenntniß nicht verkündet ist. §. 394. Eine Anzeige gegen fremde Theilnehmer kann aber hier sowenig als bei dem Familiendiebstahl mit dem Erfolg zurückgenommen werden, daß die Untersuchung einzustellen ist, vielmehr muß, der Zurücknahme der An-

*) Das wäre doch vorerst noch zu begründen. Aus dem §. 151 Abs. 1 könnte man fast das Gegentheil ableiten.

D. R.

zeige ungeachtet, das Verfahren gegen die fremden Theilnehmer fortgesetzt werden. Und ist der Diebsstahl ein gefährlicher oder ein unter erschwerenden Umständen verübter, so hängt die Untersuchung und Bestrafung hier gar nicht von einer Anzeige ab, sondern es findet dieselbe von Amtswegen statt.

4) Hausdiebstahl, unter diesem versteht man gemeine Diebstähle von Dienstboten, Lehrlingen, Gehilfen oder anderen zum Hausstande gehörigen Personen, an der Dienst- und Hausherrschaft verübt; sowie gemeine Diebstähle von Dienstboten, Lehrlingen, Gehilfen oder anderen zum Hausstande gehörigen Personen, an, in der nämlichen Haushaltung lebenden Familiengliedern, oder an einander selbst, oder von Familiengliedern an einer dieser Personen verübt. Diebstähle dieser Art, welche von dem Strafedict (§. 86) als ausgezeichnete behandelt wurden, können jetzt gleichfalls nur auf Anzeige untersucht und bestraft werden, §. 391, weil

a) gerade das zwischen dem Haus- oder Dienstherren und den zu seinem Hausstande gehörigen Personen bestehende Verhältniß ein solches sein kann, daß dem Hausherren (der z. B. recht gerne dem bisher treuen Dienstboten verzeihen möchte, welcher in der Uebereilung sich eine Entwendung zu Schulden kommen ließ), jedes Einschreiten gegen seinen Willen höchst unangenehm, ja oft eben so unangenehm sein kann, wie dem Familienhaupt das Einschreiten gegen eines seiner Familienglieder, und weil

b) die Ansicht, als sei der Hausdiebstahl an sich schon als ein unter erschwerenden Umständen verübter Diebstahl anzusehen, insofern nicht, wenigstens nicht allgemein richtig ist, als oft, ja in der Regel eine ungesuchte, unerwartet eingetretene Gelegenheit die Entstehung und Ausführung des Diebstahlsentschlusses veranlassen dürfte, was schon nach den allgemeinen Prinzipien des Strafgesetzbuchs (§. 150—152) als ein Strafminderungsgrund betrachtet wird. (Commissionsbericht von Bohm.)

Aus dem gleichen Grunde kann eine Unterschlagung und ein Betrug von Hausangehörigen, sowie auch an Pflegeeltern u. s. w. verübt, nur auf Anzeige untersucht und bestraft werden. §. 406, 457. Dagegen findet die Bestimmung des §. 391 auf gefährliche Diebstähle oder auf Diebstähle unter erschwerenden Umständen keine Anwendung. Gemeine Diebstähle (ebenso Unterschlagung und Betrug) von Dienstboten, Lehrlingen, Gehilfen oder anderen zum Hausstande gehörigen Personen an der Dienst- oder Hausherrschaft verübt, werden nur auf deren Anzeige untersucht und bestraft; und gemeine Diebstähle von Dienstboten, Lehrlingen, Gehilfen oder anderen zum Hausstande gehörigen Personen, an in der nämlichen Haushaltung lebenden Familiengliedern, oder an einander selbst, oder von Familiengliedern an einer dieser Personen verübt, werden nur auf Anzeige der Dienst- oder Hausherrschaft oder des Bestohlenen untersucht und bestraft. Denn der Gesetzgeber wollte die aus dem Dienstverhältniß abfließende Befugniß nicht zum Nachtheile Dritter so weit ausdehnen, daß in dem Falle, wo von einem Dienstboten u. s. w. an einem zum Hausstande des Dienstherrn gehörigen Seitenverwandten desselben ein Diebstahl verübt wurde, diese Seitenverwandte (z. B. die Schwester des Dienstherrn) nicht befugt sein solle, die ihm widerfahrene Eigenthumsverletzung zur Untersuchung zu bringen, wenn der Dienstherr, welcher vielleicht dem Dienstboten geneigter ist, als seinen Verwandten, nicht einwillige. (Commissionsbericht von Bohm.) Ein von den genannten Personen verübter Diebstahl gilt jedoch nur so lange als privilegirter Diebstahl, als der Dieb in einem der angeführten Dienst- oder ähnlichen Verhältnisse zu dem Hausherren oder Bestohlenen steht. Wenn daher ein Dienstbote oder eine andere zum Hausstande gehörige Person während ihres Aufenthaltes in einem Hause in dieser Eigenschaft die Gelegenheit zu stehlen ausersieht, den Diebstahl selbst aber erst späterhin nachdem die Person den Dienst verlassen oder aus dem Hausstande ausgetreten ist, vollführt, so ist dies kein privilegirter Hausdiebstahl, sondern ein gewöhnlicher gemeiner oder nach seiner sonstigen Qualifikation ausgezeichneter Diebstahl. Es begeht daher jetzt ein Dienstbote, welcher nach seiner Entlassung bei seinem Austritte aus dem Dienst seiner Herrschaft etwas entwendet, keinen privilegirten Hausdiebstahl, sondern einen gewöhnlichen Diebstahl, während früher die That als ein ausgezeichneter Gesindediebstahl angesehen wurde.

Oberhofg. Jahrb. v. 1831/32 S. 191.

(Fortsetzung folgt.)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. No. 32. Mannheim, 9. August 1851.

I.

Von dem Diebstahl.

(Fortsetzung.)

Unter den zum Hausstande gehörigen Personen sind nur solche Personen zu verstehen, die in derselben Haushaltung leben. Es ist daher kein privilegirter Hausdiebstahl, wenn der Diebstahl verübt wird von Personen, die zwar in einem ähnlichen Dienstverhältnisse wie die Dienstboten stehen, jedoch nicht in dem Hause wohnen, sondern nur ihrer Verrichtungen wegen im Hause ein- und ausgehen; ebenso ist es kein solcher Hausdiebstahl, wenn er verübt wird blos von einem Taglöhner oder Handwerker, der in dem Hause eine Arbeit zu verrichten hat.

Uebrigens fallen die Entwendungen der Dienstboten und anderer zum Hausstande gehörigen Personen, wenn ihnen gleich der Zugang zu entwendeten Gegenständen gestattet und ihnen vielleicht noch die specielle Aufsicht über dieselben anvertraut war, unter den Begriff des Diebstahls und nicht unter den Begriff der Unterschlagung, insofern die Dienstherrschaft nicht zuvor sich des Besitzes der Sachen begeben und diese in den Besitz der Dienstboten übergeben hat. (Comm. von Bohm.)

Das Privilegium des Hausdiebstahls findet auch auf fremde Theilnehmer Anwendung und zwar der Art, daß der Antrag des Anzeigers auf Untersuchung und Bestrafung gegen die fremden Theilnehmer allein nicht gerichtet werden darf. §. 392, 393. Dagegen findet hier eine Zurücknahme der bereits gemachten Anzeige nicht mit dem Erfolge statt, daß dem Antrage des Anzeigers auf Einstellung des Verfahrens statt gegeben werden darf. §. 394.

5) Entwendungen von Eßwaaren und Getränken in geringem Betrage und zum unmittelbaren Genuß. §. 397.

Solche Entwendungen, wenn sie nicht eine besondere Böswilligkeit oder Gefährlichkeit des Thäters verrathen, also nicht zur Klasse der gefährlichen gehören und nicht unter erschwerenden Umständen der im §. 385, No. 1 bis 5 und 7 bis 15 bezeichneten Art verübt sind, werden nicht als peinlich oder bürgerlich zu bestrafende Diebstähle, sondern als Polizeifrevel betrachtet und bestraft, übereinstimmend mit einer alten, jetzt noch bestehenden, der Volksansicht entsprechenden Praxis, welche solche Näschereien nicht als eigentliche Diebstähle ansieht, weil ihnen weniger eine wirkliche Bereicherungssucht, als vielmehr das Verlangen der Befriedigung des augenblicklichen Hungers oder Durstes, oder eine augenblickliche Lüsternheit als Triebfeder zu Grunde liegt. (Comm. von Bohm.) Annalen IX. S. 11.

Voraussetzungen der milderen Beurtheilung der vorstehenden Entwendungen sind nun, daß Eß- und Trinkwaaren zum unmittelbaren Genusse entwendet sind. Der Ausdruck „zum unmittelbaren Genusse" ist jedoch nicht so zu verstehen, daß der Thäter die entwendeten Sachen auf der Stelle verzehrt haben muß; es gehört vielmehr auch der Fall hierher, wenn er dieselben zum Genusse erst zubereiten, z. B. kochen mußte, und sie deßhalb mit nach Hause genommen hat; allein auch in solchem Falle müssen die Sachen zur augenblicklichen Befriedigung des Hungers bestimmt sein, nicht aber darf der That die Absicht zu Grund gelegen haben, durch dieselbe auf längere Zeit sich Vorräthe zu verschaffen, weil diese Absicht gerade der wesentlichen Bedingung des vorliegenden Diebstahls widersprechen würde. Ob aber der Thäter die entwendeten Eß- oder Trinkwaaren zum Genusse für sich oder für einen Anderen, insbesondere für seine Angehörigen bestimmt hatte, ist einerlei.

Wenn Jemand aus Hunger Eßwaaren entwendet, so darf derselbe nicht durch eine so große Noth herbeigeführt

sein, daß dadurch alle Zurechnungsfähigkeit ausgeschlossen wird; denn wer, um sich oder die Seinigen vom Hungertode zu retten, ein Brod stiehlt, der wird als durch eine vis major zur That getrieben angesehen und deßhalb mit jeder Strafe verschont. (vergl. oberhofger. Jahrbücher von 18²⁷/₂₈. S. 275.) Aus der oben angegebenen Voraussetzung der augenblicklichen Verzehrung folgt, daß die Eß- oder Trinkwaaren nur in geringer Menge entwendet sein dürfen, wenn die Begünstigung des Gesetzes auf den Thäter zur Anwendung soll kommen können, d. h. nur in solcher Menge, daß der Thäter oder seine Angehörigen dieselben in einer Mahlzeit verzehren können. Freilich ist diese Bestimmung sehr relativ, allein der Richter wird unter Berücksichtigung der Umstände in jedem einzelnen Falle zu entscheiden wissen, ob er ihn unter die milderen Bestimmungen des Gesetzes wird subsumiren können oder nicht.

Häberlin, Grundsätze des Criminalrechts IV., S. 110 ff.

Bei der Entwendung von Eß- oder Trinkwaaren kommt es also nicht sowohl auf den Werth als vielmehr auf die Qualität derselben an. Nur insofern hat der Werth Einfluß, als die Entwendung von Eß- oder Trinkwaaren jedenfalls als bloser Polizeifrevel zu bestrafen ist, wenn der Werth des Gegenstandes einen Gulden nicht übersteigt und auch die anderen Voraussetzungen des §. 477 vorhanden sind. Aber auch ohne diese Voraussetzungen ist eine Entwendung von Eß- und Trinkwaaren ein bloser Polizeifrevel, wenn sie in geringem Betrage und zum unmittelbaren Genuß genommen worden sind, und der Diebstahl nicht in die Klasse der gefährlichen oder der erschwerten im Sinne des §. 397 gehört. Es ist also ein Polizeifrevel, wenn z. B. eine Flasche mit Champagner im Werthe von 3 fl. 30 kr. zum unmittelbaren Genuß ohne gefährliche und erschwerende Umstände der bezeichneten Art entwendet wird. Ebenso ist die Entwendung von Eß- oder Trinkwaaren in geringer Menge und zum unmittelbaren Genuß ein Polizeifrevel, wenn auch schon eine gerichtliche Bestrafung wegen Diebstahls vorausgegangen ist.

Was hier von der Entwendung gesagt ist, gilt auch von der Unterschlagung von Eß- oder Trinkwaaren. §. 406.

Demnach ist eine Entwendung von solchen Waaren gerichtlich zu bestrafen:

a) wenn sie in grösserer Menge und nicht zum unmittelbaren Genuß, oder

b) wenn sie zwar in geringem Betrage und zum unmittelbaren Genuß entwendet werden, aber der Diebstahl unter den Begriff eines gefährlichen fällt oder erschwerende Umstände der im §. 385, No. 1 bis 5 und 7 bis 15 bezeichneten Art vorhanden sind.

6) Entwendungen von Feld- oder Gartenfrüchten, die noch nicht eingebracht sind, und deren Werth den Betrag von einem Gulden nicht übersteigt. §. 397.

Auch Entwendungen noch nicht eingebrachter Feld- und Gartenfrüchte, bei welchen an sich schon nicht leicht eine Qualifikation vorkommen kann, werden nach der gemeinen Meinung und der gemeinen in unser bisheriges Strafgesetz (vergl. Reggsbl. 1805, S. 21 und 1812 Anhang zum Strafedikt §. 76) übergegangenen Praxis als minder strafbar erachtet, als die Entwendung anderer Gegenstände. Das Strafgesetzbuch geht von gleicher Ansicht aus, die abgesehen davon, daß solche Entwendungen oft aus gleichen Motiven, wie die unter No. 5 eben angeführten verübt werden, und abgesehen von der herrschenden Ansicht, daß es weniger auf sich habe, solche, wie man sagt, so eigentlich noch nicht recht erworbene, noch nicht eingebrachte, d. h. noch nicht eingeheimste oder in Löcher (z. B. Rübenlöcher) oder sonst (z. B. in Heuschoppen) aufbewahrte Erzeugnisse zu entwenden, als wenn schon eine Einheimsung oder sonstige Aufbewahrung derselben statt gefunden hätte, auch noch damit gerechtfertiget wird, daß solche Frevel wegen gar zu leichter Gelegenheit, die sich zu ihrer Verübung darbietet, und wegen nicht vorhandener Gefährlichkeit für die häusliche Sicherheit milder als andere Diebstähle zu behandeln sind. (Comm. von Bohm.) Es werden daher Entwendungen von Feld- und Gartenfrüchten nicht als Diebstahl, sondern nur als Feldfrevel bestraft:

a) wenn sie noch nicht eingebracht sind und deren Werth die Summe von einem Gulden nicht übersteigt, und auch diese nur dann, wenn

b) nicht der unter No. 10 des §. 385 aufgeführte Erschwerungsgrund eintritt, d. h. insofern nicht die Entwendungen von Personen begangen wurden, denen die Hut und Bewachung der Feld- und Gartenerzeugnisse anvertraut war (§. 397) und insofern auch nicht

c) der Thäter innerhalb der letzten 12 Monate bereits 2 mal wegen Feldfrevels bestraft worden ist. (§. 398.)

In allen andern Fällen ist die Entwendung von Feld- und Gartenfrüchten ein gerichtlich strafbarer Diebstahl. Namentlich soll auch bei den noch nicht eingeheimsten Früchten die Entwendung als wirklicher Diebstahl bestraft werden, insofern der entwendete Gegenstand mehr als einen Gulden beträgt.

Wenn also Jemand z. B. einen ganzen Acker leert, dessen Werth die Summe von einem Gulden übersteigt, so muß die Strafe des Diebstahls eintreten und es kommt hier nicht darauf an, ob die Frucht schon wirklich eingeheimst war oder nicht. Vielmehr bildet der Umstand, daß die Entwendung an Feld- und Gartenfrüchten im Freien verübt wird, einen Erschwerungsgrund. §. 385, Abs. 6. (vergl. §. 6 No. 6 dieser Abhandlung) Auch werden, wenn mehrere Feldfrevel in kurzen, vier Wochen nicht übersteigenden Zwischenräumen verübt, als Gegenstand des nämlichen Straferkenntnisses zusammentreffen, diese, wenn der Werth der entwendeten Früchte zusammengenommen den Betrag von einem Gulden übersteigt, ebenfalls als Diebstahl bestraft. §. 399.

7) Hierher gehören auch die ersten und zweiten gemeinen nicht unter erschwerenden Umständen verübten Entwendungen, wenn der Werth des Gegenstandes einen Gulden nicht übersteigt, und insofern nicht schon eine gerichtliche Bestrafung wegen Diebstahls vorausgegangen ist. Solche Entwendungen werden nämlich nur als Polizeifrevel bestraft. §. 477. Das Nähere hierüber ist schon oben in §. 4 dieser Abhandlung mitgetheilt worden und wird nur noch bemerkt, daß auch hier die Bestimmung in §. 184 insofern Anwendung finden wird, als die erste und zweite Entwendung durch ein verkündetes Urtheil von einander getrennt sein muß, indem sonst die Entwendungen zusammengerechnet werden, was sich aus dem Schlußsatze des §. 477 klar ergibt, wornach ein Polizeifrevel auch dann vorhanden ist, wenn die Gegenstände mehrerer zusammentreffender Entwendungen der in §. 477 bezeichneten Art zusammengenommen den Betrag von einem Gulden nicht übersteigen. Auch wird hier die Vorschrift in §. 186 anwendbar sein, zu Folge welcher dem Gerichte das Recht zusteht, die Rechtmäßigkeit der früheren Erkenntnisse zu prüfen und das Ergebniß seiner Prüfung der eigenen Entscheidung zu Grund zu legen. Findet also das Gericht, daß die Polizeibehörde oder das frühere Gericht bei seinem Urtheile sich geirrt, z. B. daß die Polizeibehörde eine Entwending als eine zweite angesehen, während solche nur eine fortgesetzte That bildet, oder daß das frühere Gericht eine Entwendung als einen gerichtlich strafbaren Diebstahl behandelt hat, während dieselbe ein bloser Polizeifrevel ist, so ist dieses Ergebniß der letzten Entscheidung zu Grund zu legen. Dies letztere gilt jedoch, wie sich später zeigen wird, nur bei solchen Erkenntnissen, die unter der Herrschaft des neuen Gesetzes erlassen werden, und nicht bei solchen Erkenntnissen die unter der Herrschaft des alten Gesetzes gültigerweise erlassen worden sind.

8) Endlich fällt noch in diese Kategorie die Entwendung von Holz und anderen Forstproducten, wenn der Werth des Entwendeten nicht die Summe von einem Gulden übersteigt, indem nach Art. 10 des Gesetzes vom 6. März 1845 (Reggsbl. No. 6) das Forstgericht nach Umständen berechtigt ist, die That als einfachen Forstfrevel zu bestrafen. Diese Bestimmung bezieht sich jedoch nur auf Entwendungen im Walde, und nicht auf Entwendungen an anderen Orten, auf welche die Vorschrift in §. 477 Anwendung findet, insofern kein Erschwerungsgrund vorhanden ist. (Vergl. hierüber das oben in §. 6, No. 6 dieser Abhandlung Gesagte.)

(Fortsetzung folgt.)

II.

Ueber die Rangordnung der Hypotheken.

(Fortsetzung.)

Die Ehefrau kann nun aber außer denjenigen Forderungen, deren Art. 2135 No. 2 C. c. ausdrücklich gedenkt, auch noch manche andere gegen ihren Ehemann haben, und auch wegen dieser kommt ihr nach der ganz generellen Vorschrift des Art. 2121 C. c. kraft Gesetzes eine Hypothek zu, welche auch wegen dieser anderweitigen Forderungen von der Inscription dispensirt ist. Beide Sätze sind zwar bestritten, aber gewiß mit Unrecht.*) Doch ist hier, wo wir uns nur mit der Rangordnung der Hypotheken beschäftigen, nicht der Ort, auf diese

*) Vergl. Planet in Syrey recueil. A. 1819 II: p. 89. Gren. des hyp. I. No. 227. Battur des priv. et hyp. II. No. 359. Tropl. des priv. et hyp. II. No. 575. Dur. cours de dr. franç. XX. No. 3235. Zachariä, Handb. d. frz. C.R. §. 264, Note 12.

Controverse näher einzugehen; wir haben vielmehr nur von der Voraussetzung ausgehend, daß die gesetzliche Hypothek der Ehefrau auch wegen dieser anderweitigen Forderungen und zwar selbst ohne Inscription mit voller Wirksamkeit besteht, nur das Datum derselben zu bestimmen. Die einzelnen Fälle, für welche das Gesetz selbst das Datum der gesetzlichen Hypothek der Ehefrau festsetzt, enthalten nur, wie wir in dem Bisherigen gesehen haben, zum Theil eine Anwendung der Regel, ein Unterpfandsrecht sei, soweit seine Existenz nur von der Existenz des zu Grunde liegenden Obligationsverhältnisses abhängt, von da an zu datiren, da dieses zu Stande gekommen; zum Theil sind aber auch die gesetzlichen Vorschriften singulärer Natur und offenbar nur zur größeren Sicherung der andern Pfandgläubiger des Mannes bestimmt. Es ist nun eine bekannte Interpretationsregel, daß zwar auch singulären Rechtsvorschriften die volle Geltung zugestanden werden muß, die ihnen nach der Absicht des Gesetzgebers zukommt, daß sie aber doch nicht analog ausgedehnt, d. h. auch auf solche Fälle bezogen werden dürfen, welche der Gesetzgeber gar nicht im Auge gehabt hat, indem solche Fälle naturgemäß nach der Regel und nicht nach einer singulären Ausnahmsbestimmung zu beurtheilen sind. Ich habe nun schon oben festzustellen versucht, welcher Umfang den beiden in Art. 2135 No. 2 C. c. enthaltenen singulären Vorschriften nach der erkennbaren Absicht des Gesetzgebers zukommt, halte aber eine weitere lediglich auf Analogie beruhende Ausdehnung derselben aus den angegebenen Gründen für unzuläßig, und wir werden also auf alle andern im Art. 2135 No. 2 C. c. nicht erörterten Fälle der gesetzlichen Hypothek der Ehefrau das allgemeine Entscheidungsprinzip anzuwenden haben, dieselbe sei von dem Momente des Zustandekommens der ihr zu Grunde liegenden Obligatio zu datiren, so daß ich mich darauf beschränken kann, in dem Folgenden die Anwendung dieser Regel auf einige der wichtigeren Fälle nachzuweisen. Wir werden also die gesetzliche Hypothek der Ehefrau wegen der Entschädigungsforderung, welche ihr bei dem System der Gütergemeinschaft wegen einer dem Manne zur Last fallenden Verschlechterung ihrer eigenen Liegenschaften gegen diesen zusteht, nicht wie Duranton *) will, erst vom Tage der eingetretenen Deterioration, sondern vom Tage des Eheabschlusses an zu datiren haben, da unmittelbar mit diesem die Obligatio des Mannes zu sorgfältiger Behandlung jener Liegenschaften und mithin auch bei Verletzung dieser Verbindlichkeit zur Prästation des Schadensersatzes fest und unbedingt begründet ist. Eben so und aus den gleichen Gründen hat die Hypothek der Ehefrau wegen ihrer Ersatzforderung für ihre eigenen Sachen, welche der Ehemann bei dem System der Nichtgemeinschaft ohne ihre Einwilligung veräußert hat, das Datum von dem Tage des Eheabschlusses *), eine Entscheidung, welche nicht nur durch die bereits entwickelten Gründe unterstützt wird, sondern der, wie ich glaube, auch der allgemeine Geist unseres Gesetzbuches das Wort redet, da das Motiv, aus welchem bei Gemeinschaftsehen in unserem Falle die Hypothek der Frau erst vom Tage der Veräußerung an datirt wird, nämlich die Furcht vor einer Collission der Ehegatten zum Nachtheil der übrigen Pfandgläubiger des Mannes, im Falle der Nichtgemeinschaft in viel geringerem Grade vorhanden ist, als bei der Gemeinschaft. Bei der Ehe ohne Gemeinschaft wird sich nämlich die Frage meistens in der Art ergeben, daß der Mann eigene Mobilien der Frau veräußerte, deren Bestand, mögen sie in natura zu restituiren oder wegen der Veräußerung ihr Werth zu ersetzen sein, jedenfalls gegenüber den Gläubigern durch ein gehöriges Inventar erwiesen werden muß; während in der Gemeinschaftsehe vorzugsweise an die Veräußerung eigener Liegenschaften der Frau zu denken ist, deren Werth wenigstens durch Collission der Ehegatten leicht zum Nachtheil der andern Pfandgläubiger zu hoch angesetzt werden könnte. Noch weniger zweifelhaft scheint es demnach zu sein, daß die Hypothek der Ehefrau für die Entschädigungsforderung wegen schuldhafter Verschlechterung ihrer eigenen Sachen durch den Ehemann auch bei der Ehe ohne Gemeinschaft eben so wie bei der Gemeinschaftsehe vom Tag des Eheabschlusses an zu datiren sei. Dagegen wird, ebenfalls in Uebereinstimmung mit den bei der Gemeinschaftsehe geltenden Grundsätzen, das Datum der Hypothek der Ehefrau für ihre Ersatzforderung wegen ihrer mit ihrer Einwilligung veräußerten eigenen Sachen auf den Tag der Veräußerung gesetzt werden müssen, da die Frau hier freiwillig an die Stelle ihres ursprünglichen Forderungsrechtes ein anderes, erst später zur Existenz gelangtes angenommen hat. Desgleichen kann die Hypothek der Ehefrau für ihre Ersatzforderung wegen Schulden, die sie bei irgend einem Gütersystem

*) l. c. XX. No. 34.

*) a. M. ist Dur. l. c. XX. No. 31.

für den Mann (interzessionsweise) kontrahirt hat, aus bereits entwickelten Gründen erst von dem Tage der Uebernahme der Schuld datirt werden. Betrachten wir endlich noch die Ehe mit, gerichtlich oder vertragsweise, getrenntem Vermögen der Ehegatten, oder die eigentlichen Paraphernen der Frau bei der Dotalehe, so ist es unverkennbar, daß die Hypothek für Ersatzforderungen aller Art der Frau, wenn sie selbst die Verwaltung ihres getrennten Vermögens resp. ihrer Paraphernen dem Manne übertragen hat, vom Tage des Mandats, wenn aber der Mann sich jene Verwaltung ohne Auftrag angemaßt hat, von dem Tag an zu datiren ist, da er sich in den Besitz gesetzt hat. Die Hypothek endlich für die mögliche Ersatzforderung wegen nicht erfolgter Anlage des Veräußerungspreises einer Liegenschaft, welche die Frau mit Autorisation des Mannes oder zwar mit gerichtlicher Autorisation aber unter seiner Mitwirkung veräußerte oder deren Verkaufspreis dem Mann zu Gute kam *), datirt sich von dem Tage der Veräußerung resp. von dem Tage an, da die versio in rem mariti geschehen ist. **)

Schließlich ist bei diesen Erörterungen über das Datum der Hypothek, soweit dasselbe von der Existenz der prinzipalen Obligatio abhängt, noch der möglicher Weise zu dieser hinzutretenden Accessionen zu gedenken, die in den meisten Fällen erst in einer spätern Zeit zur Existenz gelangen werden. Daß die Hypothek für die Hauptforderung auch auf diese Accessionen sich bezieht, liegt schon in der rechtlichen Natur der Accessionen, und ist überdieß wenigstens für konventionelle Unterpfandsrechte ausdrücklich in Art. 2148 No. 4 anerkannt, kann aber auch bei andern Hypotheken eben wegen jenes inneren Grundes nicht in Zweifel gezogen werden. ***) Wir haben also hier nur die Frage zu untersuchen, kann die Hypothek für accessorische Forderungen, soweit ihre Existenz und ihre volle Wirksamkeit nur von der Existenz jener abhängt, erst von dem Tage an datirt werden, da die accessorische Forderung zu Stande gekommen ist, oder ist vielmehr ihr Datum auf den Tag zurückzuziehen, da die Hauptobligatio zur Existenz gelangt war? Die Beantwortung der aufgeworfenen Frage wird mit Hilfe einer einfachen Unterscheidung sich leicht ergeben. Beruht die accessorische Forderung, wie dieß z. B. bei Conventionalzinsen der Fall ist, auf einem besonderen, von dem Fundamente der Hauptforderung getrennten Grunde, so kann die Hypothek, soweit sie sich auf die Accession bezieht, begreiflicher Weise nicht in eine frühere Zeit versetzt werden, als in welcher die accessorische Forderung zu Stande gekommen war. Entspringt dagegen die letztere aus dem Fundamente der Hauptobligatio selbst, sollte auch ihre Erzeugung noch von besondern, erst nachträglich eintretenden Ereignissen abhängen, so ist nach den früheren Erörterungen der Hypothek für die später entstandene Accession unbedenklich dasselbe Datum wie der für die frühere Hauptforderung beizulegen, da eine solche Accession, für deren Begründung die Bethätigung einer besonders darauf gerichteten Vertragsintention nicht mehr vorausgesetzt wird, in der Hauptobligatio bereits eventuell enthalten ist. Es wird demnach der Hypothek für Verzugszinsen, für Prozeß- oder Inscriptionskosten, derselbe Rang wie der für die Hauptforderung selbst zuzugestehen sein. *)

Der zweite Hauptumstand, welcher nach den in der Einleitung entwickelten Grundsätzen, auf das Datum der Hypothek einen entscheidenden Einfluß ausübt, ist der, daß dieselbe unmöglich früher existiren kann, als der Verpfänder Eigenthümer der verhypothezirten Liegenschaft war. Mag die Hypothek auf einer freiwilligen Verfügung des Verpfänders beruhen, oder ohne dessen Zuthun kraft Gesetzes oder in Folge richterlicher Verfügung entstehen, in allen Fällen ist es eine gleich einfache und unbestreitbare Wahrheit, daß in Folge der Rechtsverhältnisse einer bestimmten Person eine Liegenschaft nicht eher von einer Hypothek ergriffen werden kann, als bis diese Person über die fragliche Liegenschaft in der entsprechenden Weise zu verfügen rechtlich befähigt, d. h. deren Eigenthümer oder Nießbraucher geworden ist. **) Dieser Satz, einfach für sich hingestellt, ist freilich von so einleuchtender Richtigkeit, daß er in dieser ruhenden, rein theoretischen Gestalt nicht leicht einen Gegner finden wird; sobald wir ihn aber in Thätigkeit setzen und praktisch anwenden wollen, begegnen wir überall Apostaten, die ihre Fahne verlassen, wo sie ihr folgen sollten. Schreiten wir auch hier wieder bei Anwendung unserer Regel von dem Einfacheren zu dem Complizirteren vor, so ist es allgemein zugegeben, daß in dem Falle, wenn Jemand ausnahmsweise nach Art. 2130 C. c. auch seine künftig zu erwer-

---

*) Art. 1450 C. c.

**) Tropl. l. c. II. No. 590. — Dur. l. c. XX. No. 34.

***) Tropl. l. c. II. No. 418 ter. — Zachariä a. a. O. §. 285.

*) Vergl. Bad. Pr.O. §. 911.

**) Art. 2118 C. c.

bende Liegenschaften gültig verpfändet hat, die Hypothek an jeder einzelnen dieser Liegenschaften erst frühestens vom Tag des Erwerbes an datirt werden kann, eine sogar durch den Wortlaut des zitirten Artikels ausdrücklich sanctionirte Entscheidung. *) Desgleichen ist eine Hypothek, welche an einer bestimmten, dem Verpfänder zur Zeit noch nicht gehörigen Liegenschaft unter der Bedingung konstituirt wird, daß der Verpfänder Eigenthümer werde, frühestens von der Zeit dieses Eigenthumserwerbes an zu datiren, denn für die Zeit, in welcher er noch nicht Eigenthümer war, konnte er offenbar eine Hypothek nicht begründen. **) Hatte der Verpfänder zur Zeit der Verpfändung ein von einer Suspensivbedingung abhängiges Eigenthum an der Liegenschaft, und die Bedingung wird später und zwar wie gewöhnlich mit rückwirkender Kraft erfüllt, so versteht es sich von selbst, daß auch die Hypothek, soweit ihr Datum nur von dem Alter des Eigenthums des Verpfänders abhängt, von der Zeit der Bestellung an datirt werden kann, so wie dieses Datum auch dann das entscheidende ist, wenn die Liegenschaft zur Zeit der Verpfändung schon im wirklichen Eigenthum des Verpfänders stand, von diesem aber erst mit einer Immobiliarklage von einem dritten eingefordert werden muß, z. B. von demjenigen, welcher sie bisher unter einer nun eingetretenen Resolutivbedingung besessen hatte. So weit ist die Anwendung unseres oben aufgestellten Prinzips unbestritten, fragen wir aber weiter nach dem Datum einer generellen gesetzlichen oder richterlichen Hypothek, welche also auch die künftig zu erwerbenden Liegenschaften umfaßt, so erhalten wir hier von den Schriftstellern sehr verschiedene Antworten; die einen ***) wollen, unsere Regel verlassend, die Hypothek schlechthin von dem Tage an datiren, da die Verpfändung geschah resp. inscribirt wurde, sowohl in Betreff der damals schon vorhandenen, als hinsichtlich der erst später erworbenen Liegenschaften, während die andern †) auch hier dem aufgestellten Princip treu bleiben und also das Datum der Hypothek an den später erworbenen Liegenschaften frühestens auf den Tag des wirklich erfolgten Erwerbes setzen. Die Frage ist in unserem Gesetzbuch nicht ausdrücklich entschieden, eben darum verdient aber unbedenklich die letzte Ansicht den Vorzug, da sie dem allgemeinen Princip treu bleibt, während die Gegner ohne Grund dasselbe aufgeben; ja ich fürchte nicht zu viel zu sagen, wenn ich behaupte, die gegnerische Meinung beruht größtentheils nur auf einer Unklarheit und Ungenauigkeit des Ausdrucks. Die Gegner lehren, die generelle Hypothek ist selbst hinsichtlich der erst später erworbenen Liegenschaften von dem Tag an zu datiren, da sie entstanden ist, substituiren dann aber in Folge einer unklaren Vorstellungsweise diesem Tage den Tag der Verpfändung, während doch beide Tage keineswegs nothwendig dieselben sind; der Verpfändungsvertrag kann nach allgemeinen Grundsätzen und hinsichtlich der schon jetzt dem Schuldner gehörigen Liegenschaften der Entstehungstag der generellen Hypothek sein, während diese von den erst später erworbenen Liegenschaften frühestens zur Zeit des Erwerbes derselben durch den Schuldner entstehen kann. Die frühere generelle Inscription ändert daran nichts, da die Inscription nur eine bestehende Hypothek bewahren, keineswegs eine solche neu begründen kann, am wenigsten unter Umständen, da es an einer wesentlichen Voraussetzung zu einer jeden Hypothek fehlt. Unsere Frage wird übrigens von mehreren der angeführten Schriftsteller, sogar von dem sonst so umsichtigen Troplong, jedoch ganz mit Unrecht, mit der andern hier nicht näher zu erörternden Controverse zur Verbindung gebracht, ob die Inscription für eine gerichtliche Hypothek auch für die künftig zu erwerbenden Liegenschaften mit Erfolg genommen werden könne, eine Frage, die unbedenklich zu bejahen ist *), aus deren Bejahung aber keineswegs gefolgert werden kann, daß das Datum für eine solche Hypothek schlechthin das der Inscription sei, auch hinsichtlich der erst nach derselben erworbenen Liegenschaften. Denn mag auch durch eine generelle Inscription nach dem umfassenden Wortlaut derselben die Publizität ein für allemal genügend gewahrt sein, so ergibt sich doch immerhin daraus noch nicht, daß die Hypothek hinsichtlich der erst später zu erwerbenden Liegenschaft aus einer Zeit datirt werden kann, in welcher ihre nothwendigen rechtlichen Voraussetzungen noch nicht vorhanden waren. Sehen

*) Tropl. l. c. II. No. 540. Dur. l. c. XIX. No. 379. — Zachariä a. a. O. §. 266 Note 5.

**) Vergl. Tropl. l. c. II. No. 528. — Zachariä a. a. O. §. 266.

***) Vergl. Tropl. l. c. II. No. 436. 540. III. No. 691. — Gren. des hyp. I. No. 193. — Pers. des hyp. et priv. ad art. 2121 No. 4. ad art. 2123 No. 11. — Battur des priv. et hyp. II. 370.

†) Vergl. Dur. cours de dr. c. XIX. No. 325. Delv cours de dr. civ. III. pag. 185. Tarrible répert. de jurispr. v. inscript. pag. 210.

*) Art. 2148 No. 5 C. c.

wir aber ab von dieser offenbar unhaltbaren Stütze der gegnerischen Ansicht, so finden wir bei ihren Vertheidigern eigentlich gar keine Gründe für dieselbe angeführt. Denn man kann die Behauptung von Battur, die generelle gesetzliche Hypothek der Minderjährigen sei eine besondere, an die gewöhnlichen Regeln nicht gebundene Rechtswohlthat, doch wohl nicht als Grund gelten lassen; die Rechtswohlthat für den Minderjährigen liegt darin, daß ihm kraft Gesetzes eine sogar von der Inscription dispensirte Hypothek zusteht; sie besteht aber nicht darin, und kann nicht darin bestehen, daß der Minderjährige zu einer Zeit eine Hypothek haben sollte, da deren unentbehrliche Voraussetzungen noch nicht gegeben sind. Gleich kraftlos ist die von Pothier *) dem alten Orakel der französischen Gerichtssäle, hauptsächlich betonte Behauptung, nachdem einmal durch eine generelle Hypothek auch die künftig zu erwerbenden Liegenschaften belastet seien, könne nach dem bekannten Grundsatze: nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet, eine spätere Hypothek jene erste nicht mehr beeinträchtigen, müsse dieser vielmehr auch hinsichtlich der erst nach Entstehung beider Hypotheken erworbenen Liegenschaften nachstehen, m a W das Datum der ersten Hypothek reiche auch in Betracht der erst später erworbenen Immobilien bis zu ihrem Begründungstag zurück. Mit Recht hat schon Duranton (l. c.) gegen diese Argumentation bemerkt, daß hinsichtlich der künftig zu erwerbenden Liegenschaften bis zu deren wirklichem Erwerb durch den Verpfänder nur die Aussicht auf die Entstehung eines Pfandrechts, keineswegs aber dieses selbst bestehe, daß also auch ein solches durch die Bewilligung einer zweiten Hypothek unmöglich beeinträchtigt werden könne. Alle Gründe der Gegner sind gleich hinfällig, und es ist unmöglich eine haltbare Stütze für eine Ansicht aufzufinden, die mit sich selbst im entschiedensten Widerspruch steht. Jedermann gibt zu und muß zugeben, daß in Folge der Rechtsverhältnisse einer bestimmten Person an den Liegenschaften eben dieser Person eine Hypothek nicht eher entstehen kann, als bis die Liegenschaften ihr wirklich gehören; wie es z B. gar nicht bezweifelt werden kann, daß die Pfandrechte, welche von dem früheren Eigenthümer der Liegenschaft zur Zeit eines fortdauernden Eigenthums constituirt wurden, sei es auch erst nach Entstehung der generellen Hypothek an sämmtlichen Immobilien des spätern Erwerbes, den Vorzug vor dieser generellen Hypothek haben: nun steht es aber doch mit diesem unbestreitbaren Satze im offenbarsten Widerspruch, wenn man behauptet, die generelle Hypothek sei gleichwohl wenigstens im Verhältniß unter denjenigen Pfandgläubigern, welche ihr Recht von dem spätern Erwerbe ableiten, schlechthin vom Tag ihrer Begründung resp. Inscription an, und hinsichtlich der erst später erworbenen Liegenschaften keineswegs von dem Tag des Erwerbs an zu datiren. Mir wenigstens scheint es ein logisches Unding, ein Recht aus einer Zeit zu datiren, in welches es zugegebener Maaßen noch nicht vorhanden war und noch nicht vorhanden sein konnte.

Wurde eine fremde Sache verpfändet, und dieß nachträglich durch den wahren Eigenthümer ratihabirt, so ist das Datum der Hypothek, soweit es von dem Alter des Eigenthums des Verpfänders abhängt, auf die Zeit der Bestellung, nicht erst auf die der spätern Ratihabition zu setzen. Der C. c. gedenkt zwar dieser Art der Ratihabition nirgends, legt ihr also auch nicht ausdrücklich rückwirkende Kraft bei; daß sie ihr aber dennoch, wie im römischen Recht zukomme, kann nach der rechtlichen Natur derselben nicht bezweifelt werden. Indem nämlich der fremde Eigenthümer nicht seine Liegenschaft neu verpfändet, sondern erklärt, er wolle die durch einen dritten Nichtberechtigten geschehene Verpfändung gelten lassen (und darin liegt eben das Charakteristische der eigentlichen Ratihabition): kann dieser Erklärung des Eigenthümers bei ihrer innern Beziehung auf die vorangegangene Verfügung des Nichteigenthümers kein anderer Sinn beigelegt werden, als daß der letztern durch sie Wirksamkeit verschafft, diese also so betrachtet werden soll, als sei sie von Anfang an rechtsbeständig gewesen. Von selbst versteht es sich übrigens, daß in dieser Art mittlerweile entstandene Rechte Dritter nicht beeinträchtigt werden können, so daß eine von dem Ratihabenten vor der Ratihabition bestellte Hypothek allerdings den Vorzug vor der noch früher durch einen Nichteigenthümer konstituirten genießt, die aber erst durch die Ratihabition giltig wurde. *) Aehnlich ist der Fall, wenn die Verpfändung einer Liegenschaft von Jemanden geschah, der zur Zeit der Verpfändung zwar Eigenthümer war, dessen Eigenthum aber mit der Nichtigkeitsklage oder der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand angefochten werden konnte, und nun nachträglich diese Anfechtungsmittel aus irgend einem Grunde wegfallen; auch

*) Des hyp. chap. sect. 11 §. 2.

*) Vergl. Tropl. l. c. II. No. 496.

hier kann das Pfandrecht, abgesehen von den andern auf sein Datum einwirkenden Verhältnissen, schon aus der Zeit datirt werden, da das Eigenthum des Verpfänders noch der Reszission unterworfen war.

Wurde eine fremde Liegenschaft verpfändet, so ist eine solche Hypothek bekanntlich nichtig und bleibt es nach strengem Recht selbst dann, wenn auch später der Verpfänder das Eigenthum der fraglichen Liegenschaft erwerben oder deren Eigenthümer Erbe jenes werden sollte. Gestützt auf die Autorität des römischen und des älteren französischen Rechts und auf das Gewicht so allgemein anerkannter Billigkeitsgründe, daß sie nach dem milden Geiste unseres Gesetzbuches als wahre Rechtsgrundsätze anerkannt werden müssen, nehmen aber mehrere Ausleger des C. c. und wie ich glaube mit Recht an, daß die an einer fremden Liegenschaft konstituirte Hypothek unter den obigen Voraussetzungen doch mittelst einer s. g. exceptio doli zu schützen sei.*) Unter dieser Voraussetzung ist die Hypothek von dem Tag ihrer Begründung, nicht erst von dem Tage an zu datiren, da der Verpfänder Eigenthümer der verpfändeten Liegenschaft wurde oder der Eigenthümer dieser den Verpfänder beerbte; es tritt hier nämlich nicht eine eigentliche Konvaleszenz ein durch den nachträglichen Eigenthumserwerb, in welchem Falle allerdings erst von da an die Hypothek datirt werden könnte, sondern der Pfandgläubiger, der in der That nur eine nichtige Hypothek hat, wird nun indirect durch besondere Rechtsmittel geschützt, so als stehe ihm eine wahre Hypothek zu. Eben deßhalb muß er aber auch hinter allen denjenigen zurückstehen, die eine vollwirksame Hypothek selbst von späterm Datum haben, so daß also z. B. eine Hypothek, welche am 1. Januar 1850 von dem Nichteigenthümer bewilligt wurde, der am 1. Januar 1851 das Eigenthum erlangte, hinten eine von dem wirklichen Eigenthümer am 1. Juli 1850 konstituirte Hypothek zurücktreten muß, ja sogar hinter eine solche, die der verpfändende Nichteigenthümer selbst jedoch unter der ausdrücklichen Bedingung eines spätern Eigenthumserwerbs etwa am 1. Dez. 1849 eingeräumt hätte, und deren Datum also nach den obigen Ausführungen auf den 1. Januar 1851 als den Tag des wirklich erfolgten Eigenthumserwerbes zu setzen ist. Denn diese letzte Hypothek besteht in der That vollständig zu Recht, während die erste nun indirect geschützt wird gegen den Verpfänder selbst und gegen diejenigen Personen, welche ihr Recht von ihm nach der ersten auf eine ihm noch fremde Sache sich beziehenden Verpfändung erhalten haben. (Forts. flgt.)

*) Tropl. des priv. et hyp. II. No. 521—527. Battur des priv. et hyp. I. No. 179 a. M. Gren. des hyp. I. No. 51. Dur. cours de dr. frç. XX. No. 367. Zachariä, Handb. d. frz. R. §. 266.

Anzeige.

Die Anzeige in No. 26 — so weit es dort heißt: „den bisherigen Abonnenten wird die Fortsetzung jedenfalls zugesendet", ist dahin zu berichtigen: daß die großh. Postämter die Zusendungen der Annalen nur auf Bestellung der Abnehmer vollziehen.

Wir ersuchen daher alle diejenigen, welche in Folge jener Anzeige die Bestellung unterlassen haben, solche baldgefällig nachzuholen, damit ihnen die bisher ausgegebenen Nummern des zweiten Semesters sogleich nachgeliefert werden können.

Buchhandlung von J. Bensheimer in Mannheim.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. No. 33. Mannheim, 16. August 1851.

I.

Ueber die Rangordnung der Hypotheken.

(Fortsetzung.)

Unser Grundsatz, daß in Folge der Rechtsverhältnisse einer bestimmten Person an den Liegenschaften derselben eine Hypothek frühestens von dem Zeitpunkt an existiren kann, da das Verfügungsrecht der fraglichen Person über die betreffende Liegenschaft begonnen hat, führt uns zu der weiteren nothwendigen und unabweisbaren Folgerung, daß die Hypothek überhaupt erst von da an datirt werden kann, da ihr Gegenstand zur Existenz gelangt war; da an einer gar noch nicht vorhandenen Sache weder ein Recht des Verpfänders, die Voraussetzung für das Recht des Pfandgläubigers, noch auch direct das letztere gedacht werden kann. Ich finde weder in unserem Gesetzbuche noch bei den französischen Juristen diesen Satz hervorgehoben und in seinen Folgen erörtert, und muß demnach die hier nöthig werdenden Entscheidungen durch Argumentation aus der Natur der Sache zu gewinnen suchen, wobei übrigens doch die im römischen Recht niedergelegte raison ecrite eine willkommene Stütze darbietet, die bei der Gleichheit des Standpunktes beider Rechtssysteme in dieser Beziehung unbedenklich benutzt werden kann. Betrachten wir zunächst die nach der Verpfändung entstehenden Früchte, welche wenigstens in gewissem Umfange dem Pfandrechte des hypothekarischen Gläubigers unterworfen sind *), so enthält hier das röm. R., Tit. 11 §. 3 D. qui pot. in pign. 20, 4 die Verfügung, dem Pfandrechte an denselben sei dann, wenn die verpfändete Sache in bonis des Verpfänders sei, dasselbe Datum wie dem an der fruchttragenden Sache selbst beizulegen, eine Entscheidung, welche Puchta *) durch die gewiß richtige Bemerkung erklärt, es bestehe hier von Anfang an ein Pfandrecht an der Hoffnung auf die Früchte, welches sich mit deren Entstehung in ein Pfandrecht an ihnen selbst verwandle, und dessen Datum daher gleichzeitig mit dem der Hypothek an der Hauptsache sein müsse. Die so erläuterte Vorschrift des römischen Rechts scheint sich durch ihre Natürlichkeit und Billigkeit so sehr zu empfehlen, daß ich kein Bedenken trage, sie auch für das französische Recht zu adoptiren. Ein anderer Fall, in welchem möglicher Weise eine erst nach der Verpfändung entstehende Sache unmittelbar bei ihrer Entstehung von dem Pfandrechte ergriffen werden kann, ist der, wenn zu der verpfändeten Liegenschaft nachträglich Accessionen hinzutreten, sei es, daß die accedirende Sache erst im Moment der Accession zur Existenz gelangt, wie z. B. bei der Alluvion, sei es daß sie schon vorher als selbstständige Sache bestanden hatte. Auch der Hypothek an solchen Accessionen wird dasselbe Datum wie der an der Hauptsache beizulegen sein, da die Accession überhaupt rechtlich keine Selbstständigkeit hat, sondern schlechthin den rechtlichen Schicksalen der Hauptsache folgt, mag sie physisch wirklich ein integrirender Bestandtheil derselben sein oder nicht. Endlich kann auch eine ganz neu entstehende Liegenschaft unmittelbar mit ihrer Entstehung unter ein bereits begründetes Pfandrecht fallen, und also auch hier die Frage nach dem Datum derselben aufgeworfen werden. Die Hauptfälle, in welchen eine Liegenschaft neu entsteht, sind die, daß in einem Flusse durch stellenweise Erhöhung seines Bettes eine Insel entsteht, oder ein Fluß sein bisheriges Bett verläßt. Jene Inseln werden jure accessionis dem Eigenthümer, nicht der angrenzenden Grundstücke, wie im römischen Recht, sondern des betreffenden Flusses selbst erworben, wie aus einer Vergleichung der

---

*) C. d. pr. Art. 689. Bad. Pr.O. 1037 vergl. L.R.S. 2204. Art. 2176 C. c.

*) Vorles. über d. h. röm. R. 1. §. 210.

Art. 560 und 561 C. c. zur Genüge erhellt. Ein Privatfluß ist nun anerkannter Maaßen wenigstens seinem Raume nach nicht nur eine Accession, sondern ein eigentlicher Bestandtheil desjenigen Grundstücks oder derjenigen Grundstücke, durch welches oder zwischen welchen er fließt, mithin auch derselben Hypothek wie diese unterworfen; die in ihm entstehende Insel fällt nicht nur kraft gesetzlicher Verfügung jure accessionis dem Eigenthümer des Flusses zu, sondern sie ist in der That ein Theil desselben, muß also auch von derselben Hypothek wie dieser resp. das Grundstück, zu welchem er gehört, und zwar unter demselben Datum ergriffen werden, das dem Unterpfandsrecht an der Hauptsache zukommt. Da der öffentliche Fluß als eine dem Verkehr entzogene Sache nicht selbst Gegenstand einer Hypothek sein kann *), so würde die in einem solchen sich bildende Insel nur unter der einzigen, kaum je sich erfüllenden Voraussetzung unmittelbar mit ihrer Entstehung Object eines Pfandrechtes werden können, wenn einmal ein gegen den Fiscus siegreicher Kläger die ihm als solchem zustehende generelle gerichtliche Hypothek an den sämmtlichen Liegenschaften seines kondemnirten Schuldners durch Inscription gewahrt hätte und wirklich geltend machte, ein in seinen Voraussetzungen so geschraubter Fall, daß seine Erörterung füglich unterbleiben kann. Hat ein Fluß sein bisheriges Bett verlassen, so fällt dieses nach der ausdrücklichen Erklärung des Art. 563 C. c. als Entschädigung an die früheren Eigenthümer der neuerdings durch den Fluß okkupirten Grundstücke. Hier haben wir also eine neu entstandene Sache, welche von ihrer Entstehung an eine auch rechtlich selbstständige Existenz hat und nicht alsbald als Accession juristisch in irgend einer andern aufgeht. Will man also nicht ganz willkührlich annehmen, die neue Liegenschaft trete rechtlich schlechthin an die Stelle der durch den Fluß verzehrten, so kann man auf jene nicht die an diesen konstituirt gewesenen Hypotheken übertragen **) und eine etwaige generelle Hypothek an den sämmtlichen Liegenschaften des früheren Eigenthümers der untergegangenen und des jetzigen Eigenthümers der neu entstandenen Liegenschaft kann hinsichtlich der letztern erst von deren Entstehungszeit an datirt werden nach unserm oben aufgestellten Grundsatz, daß die Hypothek unmöglich als vor ihrem Gegenstande existirend gedacht werden kann.

Haben wir in dem Bisherigen das Datum der Hypothek mit Rücksicht auf die Zeitpunkte zu bestimmen gesucht, in welchen zuerst die nothwendigen Voraussetzungen für die Existenz eines Unterpfandsrechtes gegeben sind, so ist nun schließlich noch, um jenes Datum in jeder Beziehung firiren zu können, der Zeitpunkt zu bestimmen, in welchem die Hypothek begründet wird, resp. zu voller Wirksamkeit gelangt. Dieser Moment, da er immer durch eine äußere, in die Augen fallende Thatsache bestimmt wird, ist im Allgemeinen leicht zu erkennen; die richterliche Hypothek ist begründet vom Tage des Urtheils, die konventionelle von dem des Pfandvertrags, die gesetzliche endlich von dem Tage an, da die von dem Gesetze zur Voraussetzung einer derartigen Hypothek gemachte Thatsache zuerst eingetreten ist. In den beiden ersten Fällen ist der entscheidende Tag von selbst erkenntlich; in dem letzten Falle, wo er von dem Begründetsein der prinzipalen Obligatio abhängt, kann seine Firirung Schwierigkeiten machen, auf welche ich aber nach den früheren Erörterungen über diesen Punkt hier nicht noch einmal einzugehen brauche. Von den bezeichneten Zeitpunkten an äußert also auch die Hypothek, sofern nicht wegen der früher entwickelten Rücksichten ihre Existenz noch suspendirt ist, nach badischem Landrecht in Gemäßheit des L.R.S. 2210a. No. 4 ihre Wirksamkeit gegen den blos handschriftlichen Gläubiger; und von da an datiren sich schlechthin gegenüber jedem Dritten sowohl nach französischem als nach badischem Rechte die von der Inscription dispensirten gesetzlichen Hypotheken der Ehefrauen und der Mündel. Abgesehen von diesen beiden Fällen beginnt die Wirksamkeit der Hypothek nach französischem Recht gegen dritte Personen überhaupt, nach badischem Recht wenigstens gegenüber dem dritten Erwerber und gegen andere Pfandgläubiger erst von dem einen leicht zu erkennenden Tage der Inscription an, wobei nur das eine zu bemerken ist, daß alle an demselben Tage inscribirten Hypotheken den gleichen Rang haben. *) Ganz von selbst versteht es sich, daß eine dem Begründungsakte und in Folge davon der Inscription beigefügte Suspensivbedingung bei ihrer Erfüllung in der gewöhnlichen Weise zu retrotrahiren ist. Wäre eine absolut nichtige Hypothek, der es schlechthin an einem genügenden Begründungsakt fehlt, inscribirt worden, so ist deren Existenz und Wirksamkeit nicht etwa blos suspendirt, sondern die Hypothek besteht rechtlich überhaupt gar nicht und muß nach ihrer wirklich giltigen Be-

*) Art. 2218 C. c.

**) a. M. Battur des priv. et hyp. II. No. 221.

*) Art. 2147 l. c.

gründung noch einmal inscribirt werden, da die Inscription nicht eine Hypothek zu schaffen, sondern nur eine wirklich bestehende zu wahren und mit voller Wirksamkeit zu bekleiden vermag. So einfach und klar aber nach diesen Bemerkungen die Bestimmung des Datums der Hypothek auch erscheinen mag, soweit dasselbe nur von dem Begründungsakt, resp. der Inscription abhängt, so bedürfen auch in dieser Beziehung einige Punkte noch einer näheren Erörterung. — Zunächst fragt es sich, welches Datum ist einer Hypothek beizulegen, deren Constituirung von dem Verpfänder mit der Nichtigkeitsklage oder der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand angefochten werden kann, sei es wegen seiner persönlichen Handlungsunfähigkeit, sei es aus irgend einem andern Grunde, die aber, statt sie wirklich anzufechten, von dem Verpfänder nachträglich nach Beseitigung der früheren Hindernisse bestätigt wurde; trägt eine solche Hypothek das Datum ihrer Begründung, resp. der Inscription, oder das der nachgefolgten Bestätigung? Das erste unterliegt im Allgemeinen keinem Zweifel, da es durchaus in dem Wesen der Bestätigung eines anfechtbaren Rechtsgeschäftes liegt, daß die wirklich erfolgte Bestätigung eine rückwirkende Kraft hat; denn sie beseitigt die Möglichkeit, das wirklich und von Anfang an bestehende Rechtsgeschäft mit dem an sich begründeten Anfechtungsmittel umzustoßen, so daß also nur das Rechtsverhältniß mit seinem ursprünglichen Datum in voller Giltigkeit bestehen bleibt. Zweifelhaft und bestritten ist es nun, ob diese rückwirkende Kraft unbedingt auch Dritten gegenüber sich geltend macht, d. h. im Verhältniß zu denjenigen, welche nach der ungiltigen Verpfändung aber vor der Bestätigung an derselben Liegenschaft eine Hypothek erwarben und resp. sie inscribiren ließen. Während z. B. Toullier *) und Troplong **) die Ansicht vertheidigen, daß die nachträgliche Bestätigung eines nur relativ nichtigen Rechtsgeschäftes (in welchem Falle allein eine wahre Bestätigung möglich ist) schlechthin auch dritten gegenüber rückwirkende Kraft habe, sind Duranton ***), Grenier †), Persil ††), Battur †††) und Zachariä [1]) der entgegengesetzten Ansicht.

*) le droit civ. fr. VII. No. 570.
**) des priv. et hyp. II. No. 487 ff.
***) cours des dr. fr. XIX. No. 344.
†) des hyp I. No. 42 ff.
††) des priv. et hyp. ad art. 2124 No. 82.
†††) des priv. et hyp. I. No. 194.
[1]) Handb. d. frz. C.R. §. 266 Note 12.

Die erstern suchen ihre Ansicht aus der rechtlichen Natur der Bestätigung eines nur relativ nichtigen Rechtsgeschäftes zu begründen, das an und für sich von Anfang an bestehe und also nach Beseitigung des einzig und allein ihm drohenden Anfechtungsmittels mit jenem Datum schlechthin jedem Dritten gegenüber seine volle Wirksamkeit äußern müsse. Allein schon nach allgemeinen Grundsätzen müßte denjenigen Dritten, welche in der Zwischenzeit zwischen dem Abschluß des relativ nichtigen Rechtsgeschäftes und dessen Bestätigung Rechte erworben haben, die durch letztere beeinträchtigt werden, wenigstens die Anfechtung der Bestätigung mit der actio Pauliana gestattet sein, und es ist demnach eine durchaus der Lage der Verhältnisse entsprechende Bestimmung, die nicht gegen den Wortlaut des Gesetzes beschränkt werden darf, wenn Art. 1338 C. c. ganz generell vorschreibt, die Genehmhaltung könne den wohl begründeten Rechten Dritter keinen Eintrag thun. Es liegt darin nur eine durchaus zweckmäßige Abkürzung der sonst für die Dritten unvermeidlichen Umwege. Wenn dagegen die Klage, mit welcher der Verpfänder die von ihm ungiltig konstituirte Hypothek anfechten konnte, durch Verjährung erloschen ist, dann ist allerdings die früher angreifbare Hypothek rückwärts vom Tage ihrer Entstehung, resp. Inscription an und zwar schlechthin jedem Dritten gegenüber gekräftigt; denn die Verjährung, deren Wirkung nach Art. 2225 C. c. schlechthin eine absolute ist, ist wie gegen den Verpfänder selbst, so auch gegen dessen andere Pfandgläubiger gelaufen, die innerhalb der gesetzlichen Frist die ihrem Schuldner zustehende Nichtigkeitsklage oder Wiedereinsetzung in den vorigen Stand statt desselben hätten geltend machen mögen. Die entgegengesetzte Meinung von Battur *) und Grenier **), wornach die durch Verjährung der Anfechtungsmittel giltig gewordene Hypothek im Verhältniß zu andern Pfandgläubigern erst vom Tage der vollendeten Verjährung an datiren soll, beruht auf dem offenbaren Irrthum, daß das Geschehenlassen der Verjährung von Seiten des Klagberechtigten schlechthin als eine Genehmigung des Verhältnisses zu betrachten sei, das er mit einer Klage hätte anfechten können; und selbst von diesem, übrigens unrichtigen Standpunkte aus, müßte die Verjährung auch gegen die andern Pfandgläubiger wirken, da auch sie, die statt ihres Schuldners hätten klagen

*) l. c. I. No. 196.
**) l. c. I. No. 91.

können, die Verjährung zuließen und also nach jener Auffassungsweise gleichfalls damit die anfechtbare ihnen entgegenstehende Hypothek bestätigt hätten. *)

Noch mehrere Punkte können in Folge besonderer bei der Inscription eintretenden Umstände Schwierigkeiten bei der Fixirung des Datums bereiten, welches dieser und folgeweise auch der vollen Wirksamkeit der Hypothek selbst beizulegen ist. Durch die Hypothek für die Hauptforderung werden, wie wir früher schon gesehen haben, auch die Accessionen derselben, namentlich die Zinsen geschützt; und eben so habe ich schon oben das Datum der Hypothek in ihrer Beziehung auf die Zinsen zu bestimmen gesucht, soweit dieses Datum mit der Entstehungszeit der Zinsen zusammenhängt. Unser Gesetzbuch ist aber hier aus sehr zu billigenden Zweckmäßigkeitsgründen nicht einfach bei den aus der reinen rechtlichen Natur der Sache sich ergebenden Resultaten stehen geblieben, sondern hat unter Benutzung der über die Inscription geltenden Grundsätze besondere Bestimmungen über das Datum der Hypothek in Betracht der Zinsen für die Hauptforderung aufgestellt. Damit nämlich die Hypothek für die Zinsen überhaupt volle Wirksamkeit erlange, muß bei der Inscription der Verzinslichkeit der Hauptforderung ausdrücklich gedacht werden **), und selbst unter dieser Voraussetzung genießen unbedingt nur die zur Zeit der Inscription bereits verfallenen und zu der Hauptsumme hinzugeschlagenen Zinsen die Hypothek mit demselben Datum wie das Kapital selbst; von den später verfallenen Zinsen kommt die Hypothek mit diesem Datum nur den Zinsen zweier seit der Inscription verflossenen Jahre und des laufenden Jahres zu gut; für die weiteren nach der Inscription fällig gewordenen Zinsen ist eine besondere erst nach ihrem Verfalltag zu nehmende Inscription nothwendig, welche, da die Hypothek an und für sich auch die Accessionen umfaßt, ohne erneuerte, auf sie ausgedehnte Verpfändung genommen werden kann, aber nur von ihrem eigenen Datum an wirkt. ***) Das Motiv dieser gesetzlichen Bestimmungen ist offenbar das, dem einmal angenommenen Prinzip der Publizität seine praktischen Erfolge zu sichern. Wenn nämlich auch in der Inscription für die Hauptforderung die Verzinslichkeit derselben ausdrücklich hervorgehoben wird, so können dennoch die nachfolgenden

*) Vergl. Tropl. l. c. II. No. 502. Dur. l. c. XIX. No. 345.

**) Art. 2148 Nr. 4.

***) Art. 2151 C. c.

hypothekarischen Gläubiger daraus nicht ersehen, bis zu welcher Summe die rückständigen Zinsen aufgelaufen sind; daher die sehr verständige Bestimmung, daß die erste Inscription nur für die Zinsen weniger Jahre wirken soll, für die verfallenen und nicht bezahlten Zinsen weiterer Jahrgänge aber eine besondere Inscription genommen werden muß, um die Existenz und den Betrag dieser weiteren, hypothekarisch gesicherten Forderung den nachfolgenden Gläubigern erkenntlich zu machen. Wie das Motiv des Gesetzes, so ist auch der wesentliche Inhalt desselben klar, denn die früher *) mehrfach erörterte Frage, die Zinsen welcher zweier Jahre die gleiche Hypothek mit der Hauptforderung zu beanspruchen hätten, die der zwei ersten Jahre nach der Inscription, oder der zwei letzten vor dem Gantausbruch oder endlich zweier von dem Gläubiger aus jenem ganzen Zeitraume beliebig gewählten, ist jetzt wohl allgemein im letzten Sinn entschieden, was auch nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes entschieden das richtige ist. **) Der badische Uebersetzer aber, obgleich er den Art. 2151 C. c. richtig übersetzte, folgt doch der irrigen Ansicht, der Gläubiger könne vermöge der Hauptinscription nur für die Zinsen der zwei letzten dem Gantausbruch vorangehenden Jahre die gleiche Hypothek wie für die Hauptforderung geltend machen, und hat diese Ansicht für Baden durch L.R.S. 2218a. a. E. gesetzlich sanctionirt.

(Fortsetzung folgt.)

II.

Von dem Diebstahl.

(Fortsetzung.)

§. 8.

Von dem Rückfalle, dritten Diebstahl und von dem Zusammentreffen mehrerer Diebstähle.

Wie schon oben (§. 6 dieser Abhandlung) erwähnt, so sind die Rückfälle und Concurrenz **allgemeine Erschwerungsgründe** und sind dieselben in der Lehre vom Diebstahl von besonderer Wichtigkeit. In Ansehung der

*) Vergl. z. B. Pers. l. c. ad art. 2151 No. II.

**) Gren l. c. I. No. 98 Tropl. l. c. III. No. 698. Dur. l. c. XX. No. 149. Zachariä a. a. O. §. 285 Nr. 3.

Rückfälle ist das System des neuen Strafgesetzbuchs wesentlich verschieden von jenem des Strafedikts. Nach dem Strafedikt (§. 76, 77 vergl. mit §. 75 der Erläuterungen) ergebt jeder Diebstahl, der von einem früheren durch ein Untersuchungsverhör wider den Thäter getrennt war, den letzten zu einem zweiten und in geeigneten Fällen zu einem dritten Diebstahl, sofern der Thäter des früheren in dem ersten Verhör überwiesen ward, oder in der späteren Untersuchung noch überwiesen wird. Die Wiederholung des Verbrechens des Diebstahls setzt aber immer dasselbe Verbrechen, d. h. Diebstahl als mehrmals verübt voraus. Nur der §. 48 des Strafedikts macht hievon in Bezug auf Urkundenfälschungen eine Ausnahme, indem hiernach zur Wiederholung des Verbrechens der Urkundenfälschung auch frühere Diebstähle und andere ähnliche Verbrechen in Anrechnung kommen, während bei Diebstählen vorausgegangene Urkundenfälschungen und nach der bisherigen Praxis selbst ein vorausgegangener Raub oder andere ähnliche Verbrechen zur Wiederholung nicht angerechnet werden dürfen.

Annalen III. S. 300, XIV. S. 355, XV. S. 8 ff. Oberhofg. Jahrb. v. 1823 S. 319.

Anders verhält sich die Sache nach dem neuen Strafgesetzbuch. Nach §. 184 sind als Erforderniſſe des Rückfalls folgende zu betrachten:

1) Der Uebertreter mußte wegen des früheren Verbrechens vor der abermaligen Begehung von einem Gericht verurtheilt und das Urtheil verkündet sein. Darauf kommt es nicht an, ob das Urtheil bereits rechtskräftig geworden und die Strafe entweder ganz oder theilweise erstanden ist, sondern nur darauf kommt es an, daß ein Strafurtheil ergangen und solches auch verkündet worden ist. Wenn demnach das zweite Verbrechen begangen wird nach Erlassung und Verkündung des letzten Urtheils, bevor dasselbe rechtskräftig geworden ist und bevor der Verurtheilte die Strafe erstanden hat, so erscheint die neue Uebertretung als Rückfall. Wenn aber diese Uebertretung stattfindet, ehe der Verbrecher wegen des früheren Verbrechens verurtheilt, oder ehe das Urtheil verkündet war, so ist sie kein Rückfall. Es ist daher kein Rückfall, sondern blos eine Fortsetzung, wenn der frühere Diebstahl von dem neuen nur durch ein Untersuchungsverhör getrennt ist. Diese Vorschrift wird auf die seit dem 1. März d. J. zur Aburtheilung kommenden Fälle auch dann anwendbar sein, wenn die früheren Entscheidungen nach dem alten Gesetze ergangen sind. Ist daher z. B. Jemand unter der Herrschaft des alten Gesetzes wegen zweiten Diebstahls verurtheilt worden, während die beiden Diebstähle nur durch ein Untersuchungsverhör von einander getrennt waren, so wird der neuerdings verübte Diebstahl nicht als dritter Diebstahl, sondern blos als erster Rückfall zu bestrafen sein. *)

Daß das frühere Erkenntniß von dem kompetenten Strafgerichte ergangen sein muß, versteht sich von selbst, und es macht keinen Unterschied, ob das Gericht ein inländisches oder ein ausländisches ist. Dagegen begründen polizeiliche Erkenntnisse keine Rückfälle, und werden blose Polizeifrevel weder zur Strafbestimmung eines ersten Diebstahls, noch zur Herstellung des Daseins eines Rückfalls in das Verbrechen des Diebstahls mitgezählt. (Vergl. §. 76 der Erläuterungen zum Strafedikt.) Es sind also z. B. Erkenntnisse gegen Kinder unter 14 (§. 80 des Strafedikts), jetzt unter 12 Jahren (§. 78 des Str.G.B.) nicht geeignet, als Grundlage der Rückfälle zu dienen; ebenso können die oben in §. 6, No. 5 bis 8 dieser Abhandlung erwähnten polizeilich strafbaren Entwendungen bei Bestimmung der Rückfälle nicht in Anrechnung gebracht werden. Dagegen werden solche Diebstähle, welche jetzt nach §. 477 als blose Polizeifrevel zu bestrafen sind, nach altem Gesetze aber als wirkliche Diebstähle bestraft worden sind und bestraft werden mußten, zur Herstellung des Daseins eines Rückfalls in Rechnung zu bringen sein. **) Denn nach §. 185 kann das Gericht bei Beurtheilung der Frage, ob die neue Uebertretnng als Rückfall zu betrachten ist, von dem früheren Erkenntnisse nur dann abgehen, wenn das Gericht findet, daß das frühere Gericht bei seinem Urtheil sich geirrt, somit ein unrechtmäßiges Urtheil gegeben hat. Ist aber das frühere Erkenntniß den zur damaligen Zeit geltenden Gesetzen gemäß erlassen worden,

*) Was nach dem alten Gesetze rechtskräftig und gültig war, wird durch das von jenem abweichende System der neuen Gesetzgebung nicht alterirt oder gar annullirt. Dies wäre eine Rückwirkung auf bereits abgeurtheilte Fälle, welche ausdrücklich statuirt sein müßte. Der Richter wird daher jetzt in Gemäßheit des §. 186 nur zu prüfen haben, ob die früheren Fälle nach dem alten Recht richtig als erste und zweite Diebstähle abgeurtheilt worden sind, um je nach Befund die neue Uebertretung als ersten oder zweiten Rückfall zu behandeln. D. R.

**) Und zwar aus keinem andern Grunde, als weil das neue Gesetz auf die unter der Herrschaft des alten Gesetzes rechtmäßig abgeurtheilten Fälle nicht zurückwirkt. D. R.

so muß dieses Erkenntniß der späteren Entscheidung zu Grund gelegt werden. *) Diese Frage ist mit der so eben berührten Frage nicht identisch, mit der Frage nämlich, ob, wenn z. B. Jemand unter der Herrschaft des alten Gesetzes wegen zweiten Diebstahls verurtheilt worden ist, während die beiden Diebstähle nur durch ein Untersuchungsverhör getrennt waren, der neuerdings verübte Diebstahl als dritter Diebstahl oder nur als erster Rückfall zu betrachten und zu bestrafen ist? Denn das neue Strafgesetz fordert zur Begründung der Rückfallsstrafe, daß das neue Verbrechen von der früheren Uebertretung durch ein bereits verkündetes Urtheil getrennt sein muß, während dem alten Strafgesetz eine solche Voraussetzung, so wie überhaupt die Lehre vom Rückfall in ihrer heutigen Gestalt unbekannt, dagegen nur die Wiederholung bekannt war. Auf der andern Seite aber verlangt das neue Strafgesetz zur Begründung der Rückfallsstrafe, wie das alte Strafgesetz zur Wiederholung, eine vorausgegangene *gerichtlich strafbare* Uebertretung, und das neue Strafgesetz fordert nur noch, daß dieselbe durch ein *gerichtliches Urtheil* bereits bestraft worden ist. **)

Ein weiteres Erforderniß des Rückfalls ist:

2) Das neue Verbrechen muß mit dem früheren *von gleicher Art* sein; bei *ungleichartigen* Verbrechen kann von einem Rückfalle nicht die Rede sein; dieselben kommen bei späteren Verbrechen nur als *Erhöhungsgründe der Strafe innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens* in Betracht. Als *gleichartig* gelten außer den Uebertretungen des nämlichen Strafgesetzes die unter jeder einzelnen Zahl des §. 183 zusammengestellten strafbaren Handlungen. §. 185. Und in §. 183, Abs. 1 sind folgende Verbrechen zusammengestellt:

> *Diebstahl, Betrug und Fälschung aus Gewinnsucht, Wucher, Unterschlagung, Raub und Erpressung.*

Es ist also der Begriff eines Rückfalles auch dann vorhanden, wenn das frühere oder neuere Verbrechen kein Diebstahl, sondern z. B. eine Unterschlagung oder ein anderes der so eben erwähnten Verbrechen ist. Nur bei dem *dritten Diebstahl* wird vorausgesetzt, daß die vorausgegangenen Uebertretungen auch Diebstähle gewesen sind, indem das Strafgesetzbuch in §. 384 besagt: „Wer sich eines gemeinen Drebstahls schuldig macht, nachdem er bereits *wegen Diebstahls und wegen Rückfalls in eben dieses Verbrechen* verurtheilt und auch das letztere Urtheil ihm verkündet war, wird wegen *dritten gemeinen Diebstahls* bestraft.“ Ist daher der Thäter zuerst wegen Diebstahls und dann wegen Betrugs oder Fälschung aus Gewinnsucht, oder wegen Wuchers, oder Unterschlagung, oder wegen Raubs oder wegen Erpressung verurtheilt worden oder umgekehrt, so bildet der später verübte Diebstahl *) *nicht das Verbrechen des dritten gemeinen Diebstahls, sondern den zweiten Rückfall in das Verbrechen des Diebstahls.*

Ferner gelten *Versuch* und *Vollendung* als gleichartige Uebertretungen, so daß also derjenige, welcher früher wegen Versuchs gestraft war, und jetzt ein gleichartiges Verbrechen vollendet, eben so umgekehrt derjenige, welcher früher wegen eines consummirten Verbrechens verurtheilt worden ist, und sich darauf eines Versuchs eines gleichartigen Verbrechens schuldig macht, wegen Rückfalls härter gestraft wird. Ebenso wird es als Rückfall betrachtet, wenn früher Jemand als *Urheber* gestraft wurde und jetzt nur *Beihülfe* zu einem gleichartigen Verbrechen leistet oder umgekehrt, wenn er früher nur wegen Beihülfe bestraft worden ist, jetzt aber als Urheber in Untersuchung kommt. Nur der *dritte Diebstahl* macht hier wieder eine Ausnahme, indem zum Thatbestand dieses Verbrechens vorausgesetzt wird, daß der Uebertreter wegen zwei früherer vollendeter Diebstähle als intellektueller oder physischer Urheber verurtheilt worden ist, was sich aus der Bestimmung des §. 384 klar ergibt; denn diese Gesetzesstelle spricht von einem *Diebstahl*, d. h. von einer wirklich verübten und vollendeten Entwendung. War daher eines der früher verübten Verbrechen blos ein Diebstahlsversuch, oder hat der Thäter bei einem vollendeten Diebstahl nur als Gehülfe mitgewirkt, so ist

---

*) Dies stimmt mit der in der vorletzten Note aufgestellten Ansicht vollkommen überein. D. R.

**) Diese Unterscheidung erscheint darum als willkürlich und inkonsequent, weil sie dem neuen Gesetz, ohne daß in diesem selbst ein Anhaltspunkt hiefür gefunden werden könnte, für den einen Fall rückwirkende Kraft beilegt, für den anderen hingegen nicht. D. R.

*) Es kann aber ein gewöhnlicher Rückfall mit dem dritten Diebstahl idealiter concurriren. Z. B. Jemand ist zuerst wegen Diebstahls, dann wegen Betrugs, dann wegen Diebstahls, dann wegen Unterschlagung bestraft worden und er begeht nun einen weiteren Diebstahl, so bildet diese That nicht blos einen dritten Diebstahl, sondern zugleich den *vierten Rückfall*, welcher nach §. 188, 182 zu bestrafen ist. D. E.

der neuerdings verübte Diebstahl kein dritter Diebstahl, sondern nur ein gewöhnlicher Rückfall. Eben so verhält es sich, wenn die früheren Uebertretungen vollendete Diebstähle waren, die neue That aber ein bloser Diebstahlsversuch ist. *) Dagegen begründet es niemals einen Rückfall, wenn Jemand blos als Begünstiger eines Verbrechens (§. 142) bestraft wird. Denn der Begünstiger kann nicht als eine Art von Theilnehmer am Verbrechen eines anderen betrachtet werden, da eine Theilnahme an einer begangenen Handlung geradezu unmöglich ist.

Während nach dem älteren Recht (§. 76 der Erläuterungen zum Strafedikt) früher Diebstähle, deren eigene Strafe verjährt war, zu Bestimmung der Strafe eines zweiten oder dritten Diebstahls mitgezählt wurden, kann jetzt das früher bestrafte Verbrechen, wenn die Verjährungszeit einmal abgelaufen ist, nicht weiter als existent angenommen und folgeweise das zweite nur als das, was es für sich ist, nicht aber als Rückfall bestraft werden.

Ist nämlich eine erkannte Freiheitsstrafe verjährt und sind, wenn die Verjährungsfrist früher als 10 Jahre, von Verübung des Verbrechens an gerechnet, zu Ende geht, 10 Jahre von diesem Zeitpunkt an gelaufen, ohne daß der Verurtheilte ein neues, gleiches oder gleichartiges Verbrechen verübt hat, so wird ein nach dieser Zeit begangenes Verbrechen nicht mehr als Rückfall bestraft. §. 200. Dasselbe gilt, wenn da, wo die Freiheitsstrafe vollzogen wurde, seit dem letzten Tage der Straferstehung, bei der Zuchthausstrafe 10 Jahre, bei anderen Freiheitsstrafen 5 Jahre, oder sofern diese letztere Frist früher als 10 Jahre, von Verübung des Verbrechens an gerechnet, zu Ende geht, von diesem Zeitpunkt an abgelaufen sind, ohne daß der Verurtheilte inzwischen ein neues, gleiches oder gleichartiges Verbrechen verübt hat. §. 201. Die nämliche Wirkung hat der Ablauf von 5 Jahren von der Urtheilsverkündung an, wenn blos Geldstrafen erkannt sind; insofern der Verurtheilte inzwischen kein neues, gleiches oder gleichartiges Verbrechen begangen hat. §. 202.

Dadurch ist aber nicht gesagt, daß bei einem nach Ablauf der Verjährungszeit verübten Verbrechen das früher begangene Verbrechen in keiner Beziehung mehr in Betracht kommen solle, vielmehr kann in einem solchen Falle das früher begangene Verbrechen wenigstens als ein Straferhöhungsgrund angenommen werden.

Wie nach der bisherigen Praxis (Ann. II. S. 229 ff.), so jetzt nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes kömmt dem Gerichte das Recht zu, bei Beurtheilung der Frage, ob die neue Uebertretung als Rückfall zu betrachten sei, die Rechtmäßigkeit des früheren Erkenntnisses, insofern sich erhebliche Zweifel darüber darbieten, seiner eigenen Prüfung zu unterwerfen, und deren Ergebniß seiner Entscheidung zu Grund zu legen. §. 186. Ob ein Verbrecher sich eines Rückfalls oder einer Wiederholung schuldig gemacht habe, ist ein zum Thatbestand gehöriges Merkmal. Der Richter, welcher bei seinem Urtheil darauf Rücksicht zu nehmen hat, muß daher auch prüfen dürfen, ob dieses Merkmal vorhanden sei; es wäre eine ungerechte Zumuthung, wenn er blindlings an die Gerechtigkeit des früheren Erkenntnisses glauben müßte. Allein er wird in dieser Beziehung nicht Zweifel suchen, sondern nur diejenigen beachten, welche sich ihm aufdringen; er wird namentlich das frühere Urtheil nicht deßhalb verwerfen, weil er den Beweis der Schuld etwa nicht für völlig erbracht ansieht, sondern nur insofern er die Unschuld für bewiesen hält, er wird endlich einem ausländischen Urtheil nicht schon darum die Anerkennung versagen, weil ihm die Einsicht der Untersuchungsacten verweigert worden ist, sondern erwägen, ob die gerichtliche Organisation des fremden Staates zu Zweifeln an der Gerechtigkeit der Erkenntnisse seiner Gerichte Anlaß gebe.

Ohne hinlänglichen Grund würde man in dieser Beziehung zwischen in- und ausländischen Urtheilen unterscheiden, weil sich nicht behaupten läßt, daß für die ersteren an und für sich eine stärkere Vermuthung der Recht-

---

*) Wo das Gesetz allgemein vom Diebstahle spricht, da hat es sowohl die versuchte, als die vollendete That im Auge. Da nun der §. 184 hinsichtlich des Rückfalls bei allen Verbrechen den Versuch mit der Vollendung in gleiche Linie stellt, so gilt diese Norm auch von dem Falle des §. 384.

Der gesetzliche Grund, aus welchem der Versuch wie die vollendete That bei dem Rückfall in Betracht kommen soll, ist die nämliche Richtung des Willens und der nämliche Hang zur Uebertretung irgend eines Strafgesetzes. Es ließe sich in der That kaum begreifen, warum das Gesetz nun gerade in dem Falle eine Ausnahme machen sollte, wo sich der verbrecher'sche Hang in erhöhtem Grade offenbart. Auch verweisen die Motive zum §. 384 ausdrücklich auf die in dem siebenten Titel über den Rückfall gegebenen Vorschriften. Es dürfte daher nur so viel unzweifelhaft sein, daß der Versuch, welcher sich unter den Voraussetzungen des §. 384 als dritter Diebstahl darstellt, gelinder zu bestrafen ist, wie die vollendete That. Ganz dasselbe gilt auch von der Beihülfe im Gegensatz zur Urheberschaft.

D. R.

mäßigkeit spreche. (Motive der Regg.) Wenn aber bei Beurtheilung eines wiederholten Verbrechens, z. B. eines dritten Diebstahls, das Gericht findet, daß das frühere Gericht bei seinem Urtheil sich geirrt hat — aber nicht geirrt in der Rechtsansicht, sondern in den thatsächlichen Umständen, auf welche der Richter seine Rechtsansicht angewendet hat, im gegebenen Beispiel, wenn er sich überzeugt, daß der Angeschuldigte noch nicht den zweiten Diebstahl im strafrechtlichen Sinne begangen hatte — so würde es eine Ungerechtigkeit sein, wenn von dem jetzigen Richter das begangene Unrecht nicht wieder gutgemacht werden würde. Auf der anderen Seite steht der Umstand, daß derjenige, welcher wegen Diebstahls schon einmal bestraft worden war, und dann einen weiteren Diebstahl verübt, aber vom Richter, der von dem früheren Diebstahl keine Kenntniß hatte, nicht des zweiten, sondern ausdrücklich nur des ersten Diebstahls für schuldig erklärt wurde, nicht entgegen, im Falle eines weiteren Rückfalls die Strafe des dritten Diebstahls zu erkennen.

Oberhofg. Jahrb. n. F. VII. S. 315.

Dagegen sind die oberen Gerichtsbehörden jetzt nicht mehr, wie nach der früheren Praxis, befugt, ein von einem unteren Gerichte erlassenes Urtheil ex officio darum als nichtig aufzuheben und abzuändern, weil die urtheilende Behörde nach Ansicht der oberen nicht, sondern diese selbst zur Aburtheilung des Verbrechens, z. B. dritten Diebstahls, competent war.

Oberhofg. Jahrb. v. 18³¹/₃₂ S. 302. N. F. VI. S. 125. VIII. S. 345.

Annalen III. S. 33. VII. S. 40. XI. S. 187.

Dies kann nach §. 22 des Gesetzes vom 5. Februar d. J. nur noch auf Antrag des Staatsanwaltes geschehen.

(Fortsetzung folgt.)

Anzeige.

Die Anzeige in No. 26 — so weit es dort heißt: „den bisherigen Abonnenten wird die Fortsetzung jedenfalls zugesendet", ist dahin zu berichtigen: daß die großh. Postämter die Zusendungen der Annalen nur auf Bestellung der Abnehmer vollziehen.

Wir ersuchen daher alle diejenigen, welche in Folge jener Anzeige die Bestellung unterlassen haben, solche baldgefällig nachzuholen, damit ihnen die bisher ausgegebenen Nummern des zweiten Semesters sogleich nachgeliefert werden können.

Buchhandlung von **J. Bensheimer** in **Mannheim.**

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. | No. 34. | Mannheim, 23. August 1851.

I.

Von dem Diebstahl.

(Fortsetzung.)

Was die *Bestrafung der Rückfälle* betrifft, so ergibt sich aus der Bestimmung des §. 384 und aus dem VII., von der Bestrafung des Rückfalls handelnden, Titel folgende Vorschrift:

1. *Der erste Diebstahlsrückfall**) ohne Unterschied, ob die damit verübte That unter den Begriff des gemeinen oder des gefährlichen Diebstahls fällt, und ohne Unterschied, ob die frühere That von der einen oder anderen Art war, wird nach den allgemeinen, im VII. Titel aufgestellten, Vorschriften über den Rückfall beurtheilt (Commissionsbericht von Bohm), ebenso der *wiederholte Rückfall*, insofern er nicht in das Verbrechen des dritten gemeinen Diebstahls übergeht, d. h. wenn die vorausgegangenen Uebertretungen keine wirkliche Diebstähle, sondern andere gleichartige Verbrechen waren, oder wenn der Uebertreter früher nur wegen versuchten Verbrechens oder nur als Gehülfe verurtheilt war, sowie wenn die neue Uebertretung, welche als Rückfall gilt, kein wirklicher Diebstahl, sondern ein anderes gleichartiges Verbrechen, z. B. eine Unterschlagung u. s. w., oder auch ein bloser Diebstahlsversuch ist, oder der Uebertreter bei dem neuen Verbrechen nur als Gehilfe sich betheiligt hat.*) In *allen diesen Fällen* wird die abermalige Uebertretung, welche als Rückfall gilt, immer von härterer *Strafe* getroffen, als wenn sie *die erste* wäre. §. 187. Die Strafe, welche zu erkennen sein würde, wenn die Uebertretung die *erste* wäre, kann im *ersten* Rückfalle bis um *die Hälfte*, und in jedem weiteren Rückfalle je bis um ein weiteres *Viertheil* erhöht werden. Jedoch darf der wegen der Rückfälligkeit eintretende Strafzusatz *nie mehr* betragen, als die Strafe der vorhergegangenen Uebertretung, und bei *wiederholtem* Rückfalle *niemehr*, als die auf die frühern Uebertretungen erkannten Strafen *zusammengenommen*, §. 188. Demnach würde also Der, welcher, nachdem er wegen ersten Diebstahls mit 14 Tagen Gefängniß bestraft war, einen zweiten beging, der als erster mit 8 Wochen Gefängniß zu strafen wäre, höher nicht als mit 10 Wochen bestraft werden können, während im umgekehrten Fall, wenn nämlich der größere Diebstahl der erste und der geringe der zweite gewesen wäre, das Strafmaximum nur 21 Tage Gefängniß betragen würde. Ebenso würde Jemand, der wegen ersten Diebstahls zu 14 Tagen Gefängniß verurtheilt war, nun einen zweiten verübt, der als erster mit 2 Jahren Arbeitshaus bestraft werden müßte, nur mit 2 Jahre 14 Tagen Arbeitshaus bestraft werden können, wovon aber die 14 Tage nach §. 34 nicht in das Strafurtheil aufgenommen werden dürften. Die nämlichen Regeln gelten, wenn sich der Rückfall wiederholt, z. B. Jemand ist wegen Diebstahls zu 7 Tagen Gefängniß, sodann wegen Unterschlagung zu 3 Wochen Gefängniß verurtheilt worden, so würde der Betrug, der als erste Uebertretung mit 6 Monat Gefängniß zu bestrafen wäre, als wiederholter Rückfall

---

*) In dem Aufsatz in den Annalen No. 12 S. 92 wird von dem *zweiten* Diebstahl gesprochen. Das Str.G.B. kennt aber den Ausdruck „*zweiter Diebstahl*" nicht, sondern bedient sich nur bei polizeilich strafbaren Entwendungen des Ausdruckes „*zweite Entwendung*" dagegen bei gerichtlich strafbaren Diebstählen des Ausdruckes „*erster Rückfall*". (Vergl. §. 477 mit §. 384, 478.) An diese gesetzliche Terminologie sollte man sich halten, um mehr in den Geist des Gesetzbuches einzudringen. D. E.

*) Siehe die vorige Note. D. R.

höher nicht als mit 6 Monat 4 Wochen Gefängniß bestraft werden können, während in dem Falle, wenn Jemand wegen Betrugs zu einem Jahr Arbeitshaus, sodann wegen ersten Diebstahls zu einem Jahr Arbeitshaus verurtheilt worden ist, nun der zweite Diebstahl, der als erster mit 6 Monat Gefängniß zu bestrafen wäre, als wiederholter Rückfall höchstens mit 11 Monat Gefängniß bestraft werden können.

Was soll aber geschehen, wenn bei Rückfällen eine oder mehrere der früheren Strafen nach einem ausländischen oder inländischen Gesetze bemessen worden sind, welche strenger als das gegenwärtige Gesetzbuch war, ist alsdann die Frage, ob Zusammenrechnung der verschiedenen Strafen das höchste Maaß der Rückfallsstrafe bilde, nach dem Betrag der wirklich entstandenen früheren Strafen zu entscheiden, oder nur nach dem Maaß, welches die Strafen betragen haben würden, wenn sie nach dem gegenwärtigen Gesetzbuch bemessen worden wären? Z. B. Jemand wurde wegen eines Verbrechens unter dem alten Recht mit 2 Jahr Zuchthaus bestraft, welches nach den Bestimmungen dieses Gesetzbuchs nur 6 Monate Zuchthaus treffen würde, jetzt begeht er das gleichartige Verbrechen noch einmal unter Umständen, daß er als erste Uebertretung nach diesem Gesetzbuch mit 4 Jahr Zuchthaus zu strafen wäre. Wollte man hier die Strafen, so wie sie erstanden wurden, der anzustellenden Berechnung zu Grunde legen, so würde das Maximum in 6 Jahren Zuchthaus bestehen, während, wenn man die frühere Strafe nur in dem Maaß ansetzt, welches nach jetzigem Gesetz zu erkennen wäre, das durch Zusammenrechnung zu bestimmende Maximum nur 4½ Jahr Zuchthaus beträgt. Diesem letzteren Verfahren ist der Wortlaut des Gesetzes nicht entgegen und es verträgt sich allein mit der Intention des Gesetzgebers, welche nicht darauf gehen kann, die Strafgröße künftiger Verbrechen von den Strafbestimmungen früherer, zur Zeit des Verbrechens nicht mehr geltender, Gesetze abhängig zu machen. (Commissionsbericht von Trefurt.)

Bei Bestrafung der Rückfälle kommt der Werth der früheren Diebstähle nicht in Anschlag. Beträgt daher der Werth des ersten Diebstahls 320 fl., dagegen der erste Rückfall in dieses Verbrechen (zweiter Diebstahl) nur 20 fl., so gehört die letzte Entwendung nicht in die dritte (höchste), sondern in die erste (niederste) Klasse, es ist deßhab auch zur Entscheidung hierüber nicht wie nach altem Recht (§. 76 des Strafedicts) das Hofgericht, sondern das Amt zuständig, insofern nicht andere Umstände eine höhere Competenz begründen.

II. Ist aber der Dieb schon einmal wegen eines Rückfalls in das Verbrechen des Diebstahls verurtheilt und das Urtheil ihm verkündet worden, liegt also ein zweiter Rückfall (oder dritter Diebstahl) vor, so sind nicht mehr in allen Fällen jene allgemeinen Regeln des VII. Titels maaßgebend, sondern es wird folgendermaaßen unterschieden:

1) die gefährlichen Diebstähle*), welche von einem Diebe verübt worden, der schon einmal wegen Rückfalls in das Verbrechen des Diebstahls verurtheilt worden ist, fallen unter die allgemeinen Regeln des Tit. VII. (hingesehen auf die Strafandrohungen des §. 381 ff. in Verbindung mit der Vorschrift des §. 188.)

2) Dagegen unterliegen alle gemeinen Diebstähle, welche von dem schon einmal wegen Rückfalls in das Verbrechen des Diebstahls verurtheilten Diebe verübt werden, den Bestimmungen des §. 384, so daß aus dem zweiten Rückfall, wenn dieser ein gemeiner Diebstahl ist, ein eigenes Verbrechen gebildet wird, — das dritte Diebstahlsverbrechen — und dieses wird dann folgendermaaßen bestraft:

a) in dem Falle, wo der Betrag dieses dritten Diebstahls die Summe von 25 fl. nicht übersteigt, mit Arbeitshaus bis zu 2 Jahren oder Zuchthaus von einem Jahre bis zu 2 Jahren;
b) wenn der Betrag die Summe von 25 fl. übersteigt, mit Zuchthaus von einem Jahre bis zu 6 Jahren, insofern nicht die Anwendung der Vorschriften des §. 188 im einzelnen Falle eine höhere Strafe begründet.

Auch hier kommt der Werth der dabei etwa vorgefallenen Beschädigungen nach §. 380 in Anrechnung, nicht aber, wie nach altem Recht (§. 77 des Strafedicts) der Betrag der früheren Diebstähle.

Gegen den wegen dritten Diebstahls Verurtheilten sind immer Schärfungen zu erkennen und muß immer zugleich auf Stellung unter polizeiliche Aufsicht erkannt werden. §. 480, 481.

III. Ist der Dieb schon einmal wegen des Verbrechens des dritten gemeinen Diebstahls verurtheilt und ihm das

*) Es kann daher jetzt nicht mehr, wie nach dem früheren Recht ein gefährlicher Diebstahl mit dem dritten Diebstahl idealiter concurriren. D. E.

Urtheil verkündet worden, und er begeht abermals einen Diebstahl, so wird

1) wenn diese neueste That ein gefährlicher Diebstahl ist, der Dieb wegen dritten Rückfalls in das Verbrechen des Diebstahls überhaupt, mit Anwendung der Vorschriften des §. 188 bestraft;

2) ist aber die neueste That ein gemeiner Diebstahl, so wird sie als erster Rückfall in das Verbrechen des dritten gemeinen Diebstahls des §. 384 angesehen und als ein solcher Rückfall mit Anwendung der Vorschriften des §. 188 gestraft.

IV. Das unter No. III. Gesagte gilt dann auch von allen weiteren Diebstählen in der Weise, daß z. B. der fünfte Diebstahl, wenn er ein gefährlicher ist, als vierter Rückfall in das Verbrechen des Diebstahls gestraft wird, und wenn er ein gemeiner ist, als zweiter Rückfall in das Verbrechen des dritten Diebstahls (gleichviel ob der vierte schon abgeurtheilte Diebstahl ein gemeiner oder ein gefährlicher war). (Commissionsbericht von Bohm.)

Dagegen ist in Ansehung der Concurrenz (des Zusammentreffens) mehrerer Diebstähle das System des neuen Strafgesetzbuches mit jenem des Strafedikts mehr übereinstimmend.

Das Zusammentreffen mehrerer Diebstähle kann darin bestehen, daß

1) je, mehrere gemeine, oder je mehrere gemeine, unter erschwerenden Umständen verübte Diebstähle, oder daß jene einfachen gemeinen und diese unter Erschwerungsgründen verübten Diebstähle zusammentreffen;

2) daß je gefährliche Diebstähle gleicher oder verschiedener Art zusammentreffen;

3) daß gemeine und gefährliche Diebstähle zusammentreffen.

In dem ersten Falle und zwar bei dem gemeinen ersten Diebstahl und bei dem ersten Rückfall in dieses Verbrechen, bei dem gemeinen dritten Diebstahl und bei den Rückfällen in dieses Verbrechen wird, wenn mehrfache erste Uebertretungen oder mehrfache Rückfälle der einen oder anderen Art unter sich zusammentreffen, zur Bestimmung der Strafe, der Betrag aller einzelnen Diebstähle zusammengerechnet, wobei die Fortsetzungen und deren Zahl als Gründe erhöhter Strafbarkeit in Betracht kommen, jedoch das höchste Maaß der auf den Diebstahl gesetzten Strafe nicht überschritten werden darf, und wobei die wegen des Daseins von erschwerenden Umständen (§. 385) zu erkennenden Straferhöhungen mit Beobachtung der Vorschriften der §§. 170 bis 179 bemessen werden. §. 478. (Vergl. §. 74, 78 der Erläut. zum Strafedikt.) Gemeine Diebstähle bleiben gemeine, wenn sie auch unter Erschwerungsgründen des §. 385 verübt worden sind. Beim Dasein eines oder mehrerer der im §. 385 bezeichneten Erschwerungsgründe wird jedoch die Strafe des gemeinen Diebstahls, die außerdem eintreten würde, durch einen Zusatz erhöht, welcher aber in den Fällen No. 1, 3, 4, 5 und 14 niemals 12 Monate und in den übrigen Fällen niemals 6 Monate der sonst verschuldeten Strafart übersteigen darf. §. 386. Dieser Zusatz wird, wenn der Diebstahl ein dritter ist, nicht von der Strafe des dritten Diebstahls, sondern von der Strafe des ersten Diebstahls bemessen werden, insofern nicht die vorausgegangenen Diebstähle auch unter erschwerenden Umständen der gleichen Art verübt worden sind. (Vergl. Oberhofg. Jahrb. n. F. VII. S. 52. Annalen IX. S. 145, 207.)

Im zweiten Falle, wenn nämlich gefährliche Diebstähle gleicher oder verschiedener Art zusammentreffen, wird der Betrag der Diebstähle nicht zusammengerechnet, sondern es kommen die Grundsätze über Bestrafung zusammentreffender Verbrechen in §. 170 bis 179 zur Anwendung. Es ist daher auf die schwerste der verschuldeten Strafen mit angemessener Erhöhung derselben, jedoch innerhalb der gesetzlichen Grenzen, zu erkennen. §. 382. (Vergl. Annalen XVII. S. 120.)

In dem dritten Falle, wenn gemeine und gefährliche Diebstähle zusammentreffen, wird beiderlei Verfahren angewendet, die Grundsätze der Concurrenz werden angewendet, zugleich aber wird bei den gemeinen Diebstählen der Betrag derselben zusammengerechnet. Und bei Ausmessung der Strafe des gefährlichen Diebstahls bilden die im §. 385 bezeichneten Erschwerungen blos Gründe der Straferhöhung innerhalb der gesetzlichen Grenzen. §. 387.

Es entstehen übrigens bei Auslegung des §. 478 noch die weiteren Fragen:

1) wie dessen Bestimmung, daß der Werthsbetrag aller einzelnen Diebstähle zusammengerechnet werden müssen, auf versuchte Diebstähle anzuwenden sei?

2) ob, wenn mehrere Diebstähle, mehrere Unterschlagungen und mehrere Betrügereien zusammentreffen, der Betrag von je nur den gleichen Vergehen,

oder ob er von allen gleichartigen Vergehen zusammenzurechnen sei?

3) ob die Bestimmung, daß der Werthsbetrag zusammengerechnet werden müsse, auf zusammentreffende polizeilich und gerichtlich zu bestrafende Diebstähle, anzuwenden sei?

Die erste Frage beantwortet sich dahin, daß, wenn mehrere Versuchshandlungen zusammentreffen und die Summe bekannt ist, auf welche das Attentat gerichtet worden, die Summe aller Handlungen zusammenzurechnen und von dem ganzen Betrage je nach dem Fortschritte des Versuchs zur Vollendung die Strafe zu bemessen ist. Vergl. §. 112 ff.

Die zweite Frage wird wohl dahin zu beantworten sein, daß in den Fällen, in welchen in einer Untersuchung gemeine Diebstähle, Unterschlagungen und Betrügereien zusammentreffen, eine Zusammenrechnung des Werthbetrags dieser sämmtlichen Vergehen nicht eintritt, vielmehr nur die Summen je der einzelnen verschiedenartigen Vergehen gegen fremdes Eigenthum zu addiren sind, und sodann hinsichtlich des Verhältnisses dieser verschiedenartigen Vergehen zu einander die Grundsätze der Concurrenz eintreten. Denn, wenn der Gesetzgeber auch das Zusammenrechnen des Werthbetrages der verschiedenartigen Vergehen gegen fremdes Eigenthum hätte festsetzen wollen, würde er dies ausdrücklich gesagt haben, was aber nicht geschehen ist, vielmehr ergiebt sich aus der Wortfassung des § 478 („wenn mehrfache erste Uebertretungen oder mehrfache Rückfälle der einen oder anderen Art unter sich zusammentreffen") der Wille des Gesetzgebers, daß bei dem Zusammentreffen verschiedenartiger Vergehen nur der Werthsbetrag je der verschiedenen Arten, je der Diebstähle, je der Unterschlagungen, je der Betrügereien zusammenzurechnen und sodann hinsichtlich des Verhältnisses der verschiedenartigen Vergehen zu einander nach den Grundsätzen der Concurrenz zu verfahren ist.

Die dritte Frage scheint theils bejaht theils verneint werden zu müssen. Wenn blos polizeilich zu bestrafende geringe Diebstähle concurriren, so wird der Betrag zusammengerechnet; übersteigt aber der Gesammtbetrag die Summe von einem Gulden, so wird der Diebstahl ein gerichtlich strafbarer. §. 477. Concurriren daher solche sonst polizeilich strafbare Entwendungen mit anderen gerichtlich strafbaren Diebstählen, so wird der Werthbetrag sämmtlicher Diebstähle zusammengerechnet. Dagegen ist dieses nicht der Fall, wenn die als Polizeifrevel zu bestrafenden Entwendungen von Eßwaaren, Getränken, Feld- und Gartenfrüchten mit anderen gerichtlich strafbaren Diebstählen zusammentreffen, indem alsdann die Polizeifrevel von den Polizeibehörden abgewandelt und die anderen Diebstähle hievon unabhängig von den Gerichten abgeurtheilt werden.

Vergl. Hufnagel Commentar II. S. 402 ff., 414 ff.

(Fortsetzung folgt.)

II.

Ueber die Rangordnung der Hypotheken.

(Fortsetzung.)

Ein anderer Punkt erregt wegen der etwas vernachlässigten Fassung unseres Artikels mehr Schwierigkeiten, nämlich die Frage, was man unter den Zinsen des laufenden Jahres zu verstehen haben; von welchem Zeitpunkt an ist dieses laufende Jahr zu berechnen? und hat man darunter ein volles Kalenderjahr oder nur den Zeitraum zu verstehen, welcher zwischen dem Anfangspunkt des laufenden Jahres und dem letzten Verfalltag der Zinsen liegt? Die Beantwortung der ersten Frage scheint sehr einfach: die einmal begründete Verbindlichkeit, Zinsen zu zahlen, dauert fort bis zur Abtragung des Kapitals; also, sollte man denken, ist das laufende Jahr von dem Tag an zurück zu berechnen, an welchem die Zahlung des Kapitals erfolgte. So einfach ist aber doch die Sache nicht, vielmehr ist der Anfangspunkt des laufenden Jahres nie in jenen auf den ersten Blick so natürlich scheinenden Termin zu setzen, indem regelmäßig schon vorher Umstände eintreten, welche in dem Lauf der Zinsen eine Veränderung bewirkten.

Wird die verpfändete Liegenschaft zwangsweise versteigert, so beginnt das laufende Jahr von dem Tage an, an welchem dem Besitzer der zu versteigernden Liegenschaft der verhängte Immobiliarbeschlag angezeigt wurde *), resp. nach badischem Landrecht von dem Tage an, da der Versteigerungstag dem Schuldner bekannt gemacht worden ist. **) Von den angegebenen Zeitpunkten an sind nämlich die gezogenen Früchte der freien Verfügung des Eigenthümers

*) Vergl. Art. 681, 689 C. d. pr. c.

**) Bad. Pr.O. 1035, 1036, 1037.

der verpfändeten Liegenschaft entzogen und als Accession der letztern mit dieser selbst zum Zweck der Tilgung der hypothekarischen Schulden zu veräußern. *) Den hypothekarischen Gläubigern ist damit eines der wirksamsten Mittel, der Zugriff auf die Früchte entzogen, um zur Befriedigung für ihre nunmehr erst fällig werdenden Zinsen zu gelangen, und da sie also gewisser Maaßen gezwungen dieselben müssen auflaufen lassen, und somit der Grund der beschränkenden Vorschrift des Art. 2151 C. c. wegfällt: so haben sie für die erst nach den bezeichneten Zeitpunkten verfallenden Zinsen schlechthin die Hypothek mit dem Rang der Inscription für die Hauptforderung, ohne daß sie den von nun an verfließenden Zeitraum in das laufende Jahr einzurechnen genöthigt wären. **) Mit Recht erklärt sich Troplong gegen die von Grenier ***) vertretene Ansicht, der Anfangspunkt des laufenden Jahres sei auf den Tag des Prioritätsurtheils hinauszurücken, da mit dem Zuschlag, welcher jenem jedenfalls vorangeht, an die Stelle der ursprünglichen hypothekarischen Schuld der von dem Steigerer zu zahlende Preis getreten ist, womit sich nothwendig der Lauf der Zinsen für jene abschließen mußte, so daß außer den Zinsen zweier Jahre und des laufenden Jahres auch die nunmehr erst fällig werdenden Zinsen jedenfalls gleichen Rang mit der Hypothek für die Hauptforderung zu beanspruchen haben. Der gleiche Grund spricht auch gegen die von Duranton †) und Zachariä ††) aufgestellte Behauptung, der Tag des eingeleiteten Prioritätsverfahrens sei als Anfangspunkt des laufenden Jahres zu betrachten. Selbst wenn man den oben entwickelten, aus Troplong entlehnten Gründen nicht beistimmen will, wird man doch nach den zuletzt gegebenen Ausführungen jenen Anfangspunkt in keinem Fall über den Tag des Zuschlags hinausrücken können. Nach badischem Rechte ist, wenn es erst nach eröffnetem Concurs zur Zwangsversteigerung kommt, der Anfangspunkt des laufenden Jahres sogar auf den Eröffnungstag des Concurses zu setzen, indem von da ab den hypothekarischen Gläubigern der Bezug ihrer nunmehr erst fällig werdenden Zinsen nicht nur erschwert, sondern geradezu unmöglich gemacht ist, so daß hier der Grund des Art. 2151 C. c. schlechthin wegfällt, und mithin zu den Zinsen des am Eröffnungstage des Concurses laufenden Jahres auch noch sämmtliche während des Concurses fällig werdenden Zinsen hinzukommen, um an der Hypothek mit dem für die Hauptforderung bestimmten Range Antheil zu nehmen. Kommt es zu Folge des von dem dritten Erwerber der Liegenschaft eingeleiteten Reinigungsverfahrens zur Zahlung der hypothekarischen Schulden, so ist nach der sicher zu billigenden Ansicht von Troplong *) der Anfangspunkt des laufenden Jahres auf den Tag zu setzen, an welchem der dritte Erwerber sich zur Zahlung erboten hat, wenn sein Angebot angenommen wird, da von diesem Zeitpunkt an er als persönlicher Schuldner erscheint. Wenn dagegen ein Uebergebot erfolgt, rückt der Anfangspunkt des laufenden Jahres auf den Tag des Zuschlags hinaus, nicht wie Duranton **) will, auf den Tag des geschehenen Uebergebots. Obgleich nämlich derjenige Gläubiger, welcher das Uebergebot thut, an dasselbe alsbald gebunden ist, so tritt doch erst durch den Zuschlag definitiv ein anderer Zahlungspflichtiger an die Stelle des eigentlichen Schuldners, so daß bis dahin noch die alte hypothekarische Schuld unverändert fortbesteht, und also auch der Zinsenlauf für dieselbe noch nicht unterbrochen ist. Uebrigens ist auch in diesen bei dem Reinigungsverfahren eintretenden Fällen die angegebene Bestimmung des Anfangspunktes des laufenden Jahres in dem Sinne aufzufassen, daß den später verfallenden Zinsen schlechthin außer den durch Art. 2151 C. c. geschützten Zinsen der gleiche Rang mit der Hauptforderung zukommt.

Die zweite der oben aufgeworfenen Fragen, ob man unter dem laufenden Jahre, für welches die Zinsen gleichen hypothekarischen Rang mit der Hauptforderung haben, ein ganzes Jahr von dem eben bestimmten Anfangspunkt rückwärts oder nur die Zeit von eben da an bis zum nächsten Verfalltag der Zinsen rückwärts zu verstehen habe, dürfte bei der in der That etwas unbestimmten Ausdrucksweise unseres Gesetzes kaum mit voller Sicherheit zu entscheiden und hier eine Uebereinstimmung aller Schriftsteller schwerlich zu erwarten sein, indem unter dem vagen Ausdruck „laufendes Jahr" an sich eben so gut der eine wie der andere der oben angedeuteten Zeiträume verstanden werden kann. Doch scheinen mir die besseren Gründe für die erste Ansicht zu sprechen, welcher ich demnach den

*) Art. 689 C. d. pr. c. — Bad. Pr.O. §. 1037 vergl. L.R.S. 2204 a.

**) Vergl. Tropl. l. c. III. No. 698 bis.

***) l. c. I. No. 100.

†) l. c. XX. No. 150.

††) a. a. O. §. 285 Note 4.

*) l. c. III. No. 698 bis.

**) l. c. XX. No. 150.

Vorzug einräume. Da nämlich in unserem Falle das Jahr jedenfalls von dem Tag der Insinuation des Immobiliarbeschlags an (rückwärts) berechnet werden muß, nicht von dem Verfalltag der Zinsen an (vorwärts); da also in dem Anfangspunkte des Jahres eine Beziehung auf die Zinsenzieler nicht enthalten ist, so scheint es doch wohl das natürlichere, unter einem Jahr schlechthin ein ganzes Kalenderjahr zu verstehen, und nicht blos einen durch den Verfalltag der Zinsen bedingten Bruchtheil desselben. Diese Ansicht kann überdies durch die generelle Ausdrucksweise des Gesetzes unterstützt werden, welches zwischen jährig und in andern Perioden zu entrichtendenden Zinsen nicht unterscheidet, was bei der hier bevorworteten Auslegung des Gesetzes durchaus natürlich ist, während nach der entgegengesetzten Ansicht nicht die Zinsen des laufenden Jahres, sondern der laufenden Zinsperiode genannt sein müßten. Auch das Hauptargument der Gegner, bei unserer Ansicht hätte der Gesetzgeber seinen Willen viel leichter in dem einfachen Satz ausdrücken können: „die Zinsen dreier Jahre haben die gleiche Hypothek mit der Hauptforderung", ist unhaltbar, indem der Gesetzgeber nothwendig den von ihm angenommenen complizirten Ausdruck wählen mußte, um anzudeuten, daß außer den Zinsen des laufenden Jahres auch noch die Zinsen zweier beliebig zu bestimmenden anderen Jahre die gleiche Hypothek mit der Hauptforderung genießen. *)

Die Anwendung der bisher erörterten Bestimmungen des Art. 2151 C. c. auf die aus einer Leibrente verfallenen Prästationen unterliegt keinem Zweifel **), auch nicht nach badischem Rechte, obgleich hier der deutlichere Ausdruck des französischen Textes: „un capital produisant interêt ou arrérages" einfach mit „verzinsliches Kapital" gegeben ist, womit aber, wie schon aus dem Stillschweigen Brauer's in seinen Erläuterungen hervorgeht, eine Abänderung des französischen Originals nicht beabsichtigt wurde. Umgekehrt kann aber unser Artikel, der lediglich nur ein Ausfluß ist der allgemeinen Grundsätze über die vermittelst der Inscription zu realisirende Publizität der Hypotheken, auf die von der Inscription dispensirten gesetzlichen Unterpfandsrechte der Ehefrauen und Mündel nicht bezogen werden ***), während er auf die generellen der Inscription bedürftigen gesetzlichen und richterlichen Hypotheken allerdings anzuwenden ist. Man hat zwar schon das Gegentheil behauptet wegen der Vorschrift des Art. 2153 C. c., nach welcher bei Inscription der generellen Hypothek des Staates an den Liegenschaften seiner Rechner (nach andern auch bei der der generellen richterlichen Hypothek) eine Schätzung des unbestimmten Betrages der Forderung nicht wie bei der Conventionalhypothek erforderlich sei; der Zweck der Publizität werde also hier doch nicht erreicht und die allein hierauf berechnete Vorschrift des Art. 2151 C. c. falle also in den angeführten Fällen als unanwendbar weg. Allein der Art. 2151 C. c. spricht schlechthin von allen inscribirten, d. h. der Inscription bedürftigen Forderungen, und: lege non distinguente, non nostrum est distinguere. Ueberdies kann daraus, daß im Falle des Art. 2153 C. c. die nachfolgenden hypothekarischen Gläubiger die Ungewißheit hinsichtlich des Betrages der ihnen vorgehenden Forderungen tragen müssen, nicht gefolgert werden, daß sie auch noch der weiteren Ungewißheit in Betreff des nicht einmal approximativ zu überschlagenden Quantums rückständiger Zinsen preis zu geben sind. *) Wenn endlich die Mehrzahl der französischen Juristen **) und der Gerichtsgebrauch die Beschränkungen des Art. 2151 C. c. auf die Zinsen für den rückständigen privilegirten Kaufpreis einer Immobilie nicht beziehen, so scheint mir dies im Widerspruch mit den Worten und der Stellung unseres Artikels, der ohne Restrictionen spricht und seinen Platz in einem von der Inscription überhaupt, sowohl der Vorzugs- als der Unterpfandsrechte handelnden Abschnitt gefunden hat. Die Gegner heben dagegen freilich hervor, daß es in dem Artikel heißt: „rang d'hypothèque" ohne Hinzufügung des: „privilège"; allein dieser Umstand dürfte keine Berücksichtigung verdienen, da der gewählte, allerdings nicht ganz vollständige Ausdruck doch ein Mißverständniß nicht befürchten ließ, und aus dem Gebrauch desselben also nicht auf die Absicht des Gesetzgebers geschlossen werden kann, dem Art. 2151 C. c. einen engern Kreis anzuweisen als den andern in demselben Kapitel mit ihm zusammengestellten. Bei jener strengen Wortinterpretation müßte überdies der Art. 2151 C. c. auch auf die andern Vorzugsrechte, z. B. der Miterben für unanwendbar erklärt wer-

*) Vergl. Tropl. l. c. III. No. 698 ter. — a. M. Dur. l. c. XX. No. 151.

**) Vergl. Tropl. l. c. III. No. 700. Dur. l. c. XX. No. 155. Zachariä a. a. O. §. 285 Note 1.

***) Vergl. Tropl. l. c. III. No. 701. Dur. l. c. XX. No. 153. Zachariä a. a. O. §. 285 Note 8.

*) Vergl. Tropl. l. c. III. 701 bis. Dur. l. c. XX. No. 154.

**) Vergl. z. B. Tropl. l. c. I. No. 219. Dur. l. c. XIX. No. 160. XX. No. 152. Batt. l. c. I. No. 64.

den, was selbst die Gegner nicht wollen, die nur für das Vorzugsrecht des Verkäufers eine Singularität behaupten. Die Zinsen eines rückständigen Kaufpreises haben nicht mehr und nicht weniger die Qualität von Accessionen der Hauptforderung, als andere Zinsen auch, sollten sie auch, wie dies in Folge des Art. 1652 C. c. regelmäßig der Fall sein wird, schon kraft Gesetzes geschuldet sein, so daß hierauf ganz mit Unrecht von den Gegnern Gewicht gelegt wird. Und nicht stärker scheint der weitere von Troplong vorgetragene Grund zu sein, der Art. 2151 C. c. könne auf die Zinsen des rückständigen Kaufpreises einer Immobilie darum nicht bezogen werden, weil das Vorzugsrecht für diesen Kaufpreis den Gläubigern des Käufers gegenüber auch ohne factische Publicität bestehe, indem die Transscription oder Inscription im Interesse des Verkäufers auch noch lange nach der Weiterverpfändung durch den Käufer mit voller Wirksamkeit geschehen könne; es müßten demgemäß auch die durch keine Inscription erkennbaren rückständigen Zinsen eben so gut wie die möglicher Weise selbst unbekannte Hauptforderung mit dieser ein und dasselbe Vorzugsrecht genießen. Allein die Inkonsequenz des Gesetzgebers in einer Beziehung, daß er die Wahrung des Vorzugsrechts des Verkäufers in einer Weise geschehen läßt, bei welcher er seinen eigenen Grundsätzen über die Publizität untreu wird, rechtfertigt noch nicht den Schluß, er habe auch in allen andern Beziehungen seine Principien verlassen und wolle namentlich auch einer ganz ungemessenen, schlechthin nicht zu überschlagenden Summe rückständiger Zinsen unbedingt das gleiche Vorzugsrecht mit gleichem Rang wie der Hauptforderung zugestehen.*) Wenn übrigens Bekk**) eine ganz unzweideutige Sanction der hier vertheidigten Meinung für das badische Recht in L.R.S. 2218a. a. E. findet, weil hier ganz generell ohne Unterscheidung zwischen Vorzugs- und Unterpfandsgläubigern schlechthin nur den Zinsen der zwei letzten Jahre vor Gantausbruch der gleiche Rang mit der Hauptforderung eingeräumt werde, so könnte mich dieser allgemeine Satz des badischen Rechts nicht für die obige Ansicht bestimmen, wenn ich dieselbe nicht schon an und für sich in dem Gesetzbuch begründet fände, da der fragliche Landrechtssatz nur eine Modification der allgemeinen Regel des französischen Rechts enthält, durch Modificationen allgemeiner Regeln aber spezielle Ausnahmsbestimmungen bekanntlich nicht berührt werden.

Fahren wir in Betrachtung der besondern Verhältnisse fort, welche bei der Inscription eintretend einen Einfluß auf das Datum dieser und mithin auch auf das der Wirksamkeit der Hypothek selbst ausüben, so hat die Entscheidung des Falles, wenn eine ursprünglich mangelhafte Inscription nachträglich verbessert wurde, einfach dahin auszufallen, daß die verbesserte Inscription, so weit sie von der ursprünglichen abweicht, erst von ihrem eigenen Datum an einen Effect hervorzubringen im Stande ist, da begreiflicher Weise nur eine gehörig beschaffene Inscription, die durch das Gesetz ihr beigelegte Wirkung und erst von da an, da sie in gehöriger Qualität besteht, beanspruchen kann. Weit schwieriger ist dagegen die Frage, wie es zu halten sei, wenn eine giltige Inscription, sei es in Folge freiwilliger Uebereinstimmung der Partheien, oder in Folge eines richterlichen Befehls beschränkt oder gestrichen wurde, später aber wegen Umstoßung der Uebereinkunft oder des Urtheils wieder zu restituiren ist. Verschafft hier die Restitution der Inscription dem Unterpfandsrechte wieder seinen alten Rang? oder wirkt die wiederhergestellte Inscription schlechthin nur von ihrem eigenen Datum an? Die Schriftsteller sind in dieser Beziehung verschiedener Ansicht. Battur*) scheint der restituirten Inscription schlechthin ihren alten Rang zuzugestehen sowohl im Verhältniß zu den schon vor der Beschränkung oder dem Strich, als im Verhältniß zu den erst nach nachher inscribirten Hypotheken, während Delvincourt**) derselben nun, wenn in der Zwischenzeit zwischen der Beschränkung oder dem Strich und der Restitution eine neue Inscription nicht genommen worden sei, im Verhältniß zu den früher inscribirten Hypotheken den alten Rang zugesteht, die restituirte Inscription aber schlechthin nach ihrem eigenen Datum beurtheilt, wenn mittlerweile neue Inscriptionen genommen worden sind; Duranton endlich***) weist der restituirten Inscription im Verhältniß zu den früheren Inscriptionen schlechthin den alten Rang an, während sie seiner Ansicht nach den nach der Beschränkung resp. dem Strich eingetragenen Unterpfandsrechten eben so unbedingt nachzustehen habe. Nach dieser letzten Ansicht entsteht nothwendig eine Col-

*) Vergl. noch Gren. l. c. I. No. 103. Delvinc. cours de dr. frç. III. pag. 359.

**) Dingl. Rechte an Liegenschaften pag. 182, Note **).

*) l. c. IV. No. 690.

**) l. c. II. pag. 700.

***) l. c. XX. No. 203.

lission der Rechte der verschiedenen Pfandgläubiger, indem die zuerst eingetragene, gestrichene und später wieder restituirte Hypothek, den nachfolgenden vor dem Strich inscribirten Unterpfandsrechten vorgeht, ihrerseits aber der erst nach dem Strich inscribirten Hypotheken den Vorrang lassen muß, die wieder den früher vor dem Strich eingetragenen Unterpfandsrechten nachstehen. Diese Collission glaubt Duranton dadurch lösen zu können, daß er die nach dem Strich inscribirten Pfandgläubiger bis zum Betrag ihrer Forderungen die Rechte des restituirten Pfandgläubigers ausüben läßt. Troplong *), der sich in dieser Frage sehr kurz faßt, folgt demselben Prinzip wie Duranton, ohne aber eine Lösung der darnach unvermeidlich eintretenden Collission anzugeben. Mir scheint keine von allen diesen Ansichten vollständig befriedigend und nur von Duranton das richtige Prinzip gefunden zu sein, während ich freilich mit der Anwendung, die er von demselben macht, nicht übereinstimmen kann. Aus allgemeinen Grundsätzen ergibt sich, daß die Beschränkung oder der Strich einer Hypothek, welche nachträglich als nicht rechtsbeständig wieder aufgehoben wurden, rechtlich so betrachtet werden müssen, als wären sie nie eingetreten gewesen, oder m. a. W. so, als hätte die beschränkte oder gestrichene Inscription rechtlich nie aufgehört gehabt, in ihrer ursprünglichen Wirksamkeit zu bestehen. Das ist den schon vor dem Striche inscribirten Pfandgläubigern gegenüber, welche also die ihnen vorgehende Hypothek aus dem Hypothekenbuch erkennen konnten, unbedingt möglich und ihnen gegenüber auch wirklich so zu halten. Dagegen kann wegen der von der Publizität der Hypotheken geltenden Grundsätze diese Entscheidung nicht ohne Weiteres Platz greifen gegenüber denjenigen Gläubigern, welche erst nach dem Strich Inscription nahmen, da sie die gestrichene Hypothek sich gegenüber als nicht mehr wirksam betrachten mußten und in dieser Annahme nach dem Grundsatze der Publizität der Unterpfandsrechte nicht getäuscht werden dürfen; sie brauchen also die restituirte Hypothek sich nicht vorgehen lassen.

(Fortsetzung folgt.)

---

*) l. c. III. No. 746 bis.

III.

Strafschärfungen.

Ihr Verhältniß zu den Grundstrafen.

Alle zeitlichen Freiheitsstrafen können in gewissen Fällen (Str.G.B. §. 53, 374, 582) auf die in den §§. 54, 55 und 72 bestimmte Weise nach richterlichem Ermessen, einfach oder mehrfach, geschärft werden.

Bei gewissen Verbrechen (§. 167, 168, 231, 242, 302, 305, 438, 480, 639 bis 641) und bei gewissen Strafarten (§. 56) haben die Schärfungen regelmäßig einzutreten. Doch ist es auch hier in das richterliche Ermessen gestellt, entweder nur eine oder aber zwei oder sogar mehrere Schärfungen zugleich anzuwenden.

Das großh. Hofgericht des Seekreises hat nun über die fünferlei Arten der zeitlichen Freiheitsstrafen (§. 10. Abs. 3, §. 33. Abs. 1 u. 2, §. 38) eine Tabelle aufgestellt, die eine Scala vom Minimum bis zum Maximum jeder Strafart enthält und daneben in besonderen Colonnen das höchste Maaß der hiebei zulässigen Schärfungen (als Ketten, Dunkelarrest 2c.) von Stufe zu Stufe angibt, so daß man aus diesem Faullenzer auf den ersten Blick ersehen kann, welche Schärfungen, im Verhältniß zu einer bestimmten Grundstrafe, mit dieser höchstenfalls verbunden werden dürfen.

Da indessen eine solche Tabelle zum Abdruck in diesen Blättern nicht geeignet ist, so glaubte man sich darauf beschränken zu müssen, hierüber die gegenwärtige Andeutung zu geben.

D. R.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. No. 35. Mannheim, 30. August 1851.

I.

Ueber die Rangordnung der Hypotheken.

(Fortsetzung.)

Die von Duranton vorgeschlagene Lösung der bei dieser Auffassungsweise unvermeidlich eintretenden Collission unter den Rechten der verschiedenen Pfandgläubiger von denen jeder den zweiten, keiner aber unbedingt den ersten Platz beanspruchen kann, scheint mir aber unzulässig, indem er in einer rein willkührlichen Weise, die weder durch ein Gesetz, noch durch die Natur der Sache unterstützt wird, den nach dem Strich inscribirten Pfandgläubiger in die Rechte des restituirten eintreten läßt, so daß seine Ansicht unter Umständen zu offenbar verwerflichen Resultaten führen kann. Man nehme z. B. folgenden Fall: A. läßt am 1. Januar eine Hypothek für 1000 fl. inscribiren; B. am 1. Februar desgleichen eine für 1000 fl.; am 1. März wird die Inscription für A. gestrichen; am 1. April nimmt C. eine Inscription für 1000 fl. und am 1. Mai wird die Inscription des A. restituirt. Die verpfändete Liegenschaft wird für 1000 fl. verkauft; dieser ganze Erlös würde nach der Ansicht von Duranton dem C. zufallen, weil dieser bis zum Betrag seiner Forderung die Rechte des dem B. vorgehenden A. auszuüben habe, eine offenbar verkehrte Entscheidung. Meiner Ansicht nach muß in folgender Weise entschieden werden: Der Pfandgläubiger, welcher nach der ersten Inscription und vor dem Strich derselben sein Unterpfandsrecht eintragen ließ und der also eben so entschieden der restituirten ersten Hypothek nachsteht wie er der später nach dem Strich eingetragenen vorgeht, erhält zuerst den ganzen Erlös aus der verpfändeten Liegenschaft mit Abzug dessen, was auf die Forderung des ersten restituirten Pfandgläubigers fällt. Wenn nun die Pfandforderung des zweiten Pfandgläubigers, welchen der dritte nach dem Strich, aber vor der Restitution eingetragene jedenfalls sich muß vorgehen lassen, den ganzen Erlös für die verpfändete Liegenschaft aufzehrt oder gar übersteigt, so erhält dieser dritte Gläubiger nichts und alles dasjenige, was dem zweiten vorenthalten wurde, fällt an den ersten restituirten Pfandgläubiger. Wenn aber die von dem zweiten Pfandgläubiger zu fordernde Summe kleiner ist als der Erlös aus der verpfändeten Liegenschaft, so kommt bis zum Betrag der zwischen beiden Summen eintretenden Differenz der dem zweiten Pfandgläubiger an dem Erlös vorenthaltene Theil an den dritten Pfandgläubiger und nicht an den restituirten ersten, da jener, sofern die ihm jedenfalls vorgehende zweite Pfandforderung den Erlös nicht ganz aufzehrt, für den übrig bleibenden Rest dem ersten Hypothekargläubiger vorgeht, dessen Inscription zur Zeit, da er selbst seine Inscription nahm, gestrichen war und also ihm gegenüber eine Wirksamkeit nicht äußern kann. Nach diesen Regeln würde also im obigen Falle A. den ganzen Erlös von 1000 fl. erhalten und nicht C., der ganz abgesehen von der Restitution des A. doch durch den B. ausgeschlossen worden wäre und nichts erhalten hätte, und in der Restitution des A. keinen Grund für seine Besserstellung finden kann. Nehmen wir aber an, die Forderung des A. betrage 1000 fl., die des B. 2000 fl. und die des C. 2000 fl., und der Erlös aus der verpfändeten Liegenschaft 3000 fl., so erhält B. 2000 fl., C. 1000 fl. und A. nichts. Dieses Resultat stimmt zwar mit dem von Duranton gefundenen überein, kann aber nicht durch die von diesem angeführten Gründe vertheidigt werden, sondern beruht darauf, daß C. aus dem Erlös der Liegenschaft nur 2000 fl. sich braucht entziehen zu lassen, die auf den ihm jedenfalls vorgehenden B. fallen, während die Hypothek des A. für 1000 fl. ihm gegenüber keine Wirkung hat. Würde in dem zuletzt angegebenen

Beispiele auch die Forderung des A. 2000 fl. betragen, so erhielte jeder der drei Gläubiger 1000 fl.; B. kann nämlich wegen der ihm unbedingt vorgehenden Forderung des A. im Betrag von 2000 fl. aus der erlösten Summe von 3000 fl. nicht mehr als 1000 fl. in Anspruch nehmen; die übrig bleibenden 2000 fl. kann aber A. dem C. gegenüber nicht unbedingt in Anspruch nehmen, da er diesem gegenüber keine wirksame Hypothek hat; C. selbst kann aber auch nicht mehr als 1000 fl. verlangen, da er wegen der vorzüglicheren Hypothek des B. jedenfalls 2000 fl. sich muß vorgehen lassen, einerlei ob diese 2000 fl. dem B. selbst verbleiben oder wegen des Verhältnisses, in welchem dieser zu einem dritten (dem A.) steht, an diesen dritten fallen.

Schließlich ist bei der Inscription und ihrem Einfluß auch das Datum der Hypothek noch der nach badischem Landrecht möglichen Sperre zu gedenken. Nach der ursprünglichen Vorschrift des badischen Landrechts sollte, wie nach rein französischem Recht, jedes Konventionalpfand zunächst mittelst einer Notariatsurkunde begründet, und dabei dem Notar, ehe er diese Urkunde ausfertige, unter anderm ein Zeugniß des Pfandschreibers vorgelegt werden über die auf der zu versetzenden Liegenschaft bereits ruhenden Vorzugs- und Unterpfandsrechte. *) Von dem Tag an, da dieses Zeugniß ausgestellt war, sollte zum Nachtheil der projectirten Hypothek eine andere innerhalb zweier Monate nicht eingetragen werden, m. a. W. die projectirte Hypothek sollte, sofern sie in den ersten zwei Monaten vom Ausstellungstag des Zeugnisses an zu Stande kam und gehörig inscribirt wurde, allen mittlerweile fürsorglich oder je nach Umständen auch definitiv eingetragenen Hypotheken vorgehen, obgleich sie vielleicht erst nach diesen zu Stande kam oder wenigstens erst später durch Inscription volle Wirksamkeit erlangte. **) Der Zweck dieser Vorschrift ist leicht erkenntlich der, zu verhüten, daß der Gläubiger, welcher in der Voraussetzung kreditirt, es würden außer den in dem Zeugniß angegebenen Hypotheken keine weitere ihm vorgehen, in seinem Vertrauen nicht getäuscht werde. ***) Nach neuestem badischen Rechte †) ist aber das zu vollständiger Begründung der Konventionalhypothek zu beobachtende Verfahren umgekehrt worden; nach einer vorläufigen, in beliebiger Form zu treffenden Vereinbarung der Partheien erfolgt zunächst die Inscription, bei welcher die Partheien unmittelbar durch den Pfandschreiber über die etwa bereits auf der Liegenschaft ruhenden Vorzugs- und Unterpfandsrechte unterrichtet werden. Darauf hat der Pfandschreiber einen Auszug aus der Inscription an das Amtsrevisorat einzusenden, welches sodann, nach vorangegangener Prüfung über die Erfordernisse einer konventionellen Verpfändung die öffentliche Pfandurkunde ausstellt. Letztere ist nach der klaren Vorschrift des Gesetzes zur Gültigkeit des Konventionalpfandes unentbehrlich. *) Der Rang der Hypothek soll sich aber, wenn die fragliche Urkunde wirklich nachträglich ausgefertigt worden ist, nach dem Datum der vorangegangenen Inscription richten. Für jene Ausfertigung ist zwar eine bestimmte Frist nicht vorgeschrieben, sie kann aber, da durch sie erst die konventionelle Verpfändung perfect wird, begreiflicher Weise nicht mehr geschehen, nachdem der Verpfänder dispositionsunfähig geworden, namentlich also nicht mehr, nachdem er in Gant gerathen ist. Es fragt sich nun, kann von den Vorschriften des badischen Landrechts über die Sperre auch nach heutigem Recht noch Gebrauch gemacht werden, und in welcher Weise? ein Punkt, über welchen die Ansichten der badischen Praktiker getheilt sind. **) Ich glaube nun, daß der Rang einer Konventionalhypothek, sofern nur die Pfandurkunde gehörig ausgefertigt worden ist, schlechthin nach dem Datum der Inscription sich richtet, wie dieß in ganz klaren Worten im U. E. E. §. 26 ausgesprochen ist. Bayer ***) will zwar der Hypothek nur das Datum der Ausfertigung der Pfandurkunde zugestehen, weil erst damit dieselbe perfect werde; allein diese Pfandurkunde ist nur eine äußerliche, wunderlicher Weise erst ex post hinzutretende Formalität, nachdem die Parteien bereits durch formlos ausgesprochenen Consens den Verpfändungsvertrag abgeschlossen und ihm durch Inscription Publizität und Wirksamkeit gegen Dritte verschafft haben. Die Vorschrift des U. E. E., die Hypothek sei, unter Voraussetzung der nachgefolgten Ausfertigung der Pfandurkunde vom Tag der Inscription zu datiren, also der nachträglichen Erfüllung jener äußerlichen Formalität rückwirkende Kraft

---

*) L.R.S. 2127 a. Nr. 2.

**) L.R.S. 2199 a. bis 2199 c.

***) Vergl. Brauer Erläut. ad art. 2199 a. ff.

†) U. E. E. Nr. 26.

*) Vergl. Jahrb. des bad. Oberhofg. 6. Jahrg. S. 71 ff.

**) Vergl. Annal. der bad. Gerichte I. S. 14, 19, 84, 91, 110, 120. III. S. 121.

***) Ann. I. S. 14.

beizulegen, ist demnach keineswegs eine durch künstliche Interpretation zu beschränkende oder gar zu beseitigende Anomalie, vielmehr ganz geeignet, die wunderlichen Bestimmungen des II. C. C. wieder einigermaaßen mit dem Geist des ganzen Hypothekensystems in Einklang zu bringen, und muß deßhalb in ihrem ganzen Umfang anerkannt werden. - Bekk *) will der Konventionalhypothek das Datum der Inscription nur dann zugestehen, wenn die Pfandurkunde innerhalb 2 Monaten von dem Tag der Inscription an ausgefertigt worden sei, kann aber diese Meinung nur auf eine, wie ich glaube, ganz willkührliche Anwendung des L.R.S. 2199 a. gründen, welcher ein der förmlichen Pfandverschreibung vorangehendes Zeugniß über die Nichtbelastung der Liegenschaft voraussetzt; auf dessen Grund die Pfandverschreibung erst gefertigt und dann erst inscribirt werden kann, während in unserem Falle die Inscription bereits geschehen ist und nur eine öffentliche Pfandurkunde noch nachträglich ausgefertigt werden soll. Kommt aber der Konventionalhypothek, sofern nur eine öffentliche Pfandurkunde gehörig ausgefertigt wurde, schlechthin das Datum der Inscription zu, soweit ihr Rang überhaupt von ihrem Entstehungsakte, resp. ihrer Inscription abhängt: so würde leicht ersichtlich eine zwischen der Inscription und der Ausfertigung der Pfandurkunde eintretende Sperre ganz zwecklos sein, und es kann mithin von den Vorschriften der L.R.S. 2199 a. bis 2199 c. nach heutigem Recht kein Gebrauch mehr gemacht werden. Eine andere Frage wäre die, ob einem Zeugnisse, welches der künftige Gläubiger, noch ehe er mit dem Schuldner abschloß, von dem Pfandgerichte über die auf der zu verpfändenden Liegenschaft bereits ruhenden Lasten sich ausstellen ließ, dieselbe Kraft wie dem im L.R.S. 2199 a. gedachten Schein beizulegen sei. Auch diese Frage ist zu verneinen; der Gläubiger kann nämlich nach heutigem badischen Recht das Creditgeschäft, für welches er die Hypothek sich will bestellen lassen, möglicher Weise schon bis zur Inscription verschieben, (das Formular für Pfandurkunden setzt bei Darlehen voraus, daß es sogar erst bei Aushändigung jener vollzogen werde); er kann ferner unmittelbar nach der Inscription auf Aussertigung der Pfandurkunde dringen, und da seine wirklich perfect gewordene Hypothek das Datum der Inscription trägt, so läuft er nicht Gefahr, daß zwischen dem Moment, in welchem er über die Lasten der zur verpfändenden Liegenschaft unterrichtet wurde (was unmittelbar bei der Inscription geschieht), und dem Moment, von welchem an seine Hypothek ihre Wirksamkeit erlangt, eine andere ihm vorgehende Hypothek entstehe. Die Vorschriften der L.R.S. 2199 a. bis 2199 c. beruhten aber nur darauf, daß nach dem ursprünglichen badischen Landrecht wie nach dem rein franz. Recht nach dem Zeitpunkt, in welchem der künftige Gläubiger über den Zustand der zu verpfändenden Liegenschaft sich erkundigt hatte: allererst nach der Ansicht des badischen Gesetzgebers, um die Notariatsurkunde über die Verpfändung erhalten zu können: das Creditgeschäft vollzogen sein mußte, und erst dann die Inscription genommen werden konnte, welche der Hypothek gegen Dritte volle Wirksamkeit verschafft, so daß in der Zwischenzeit möglicher Weise eine andere Hypothek inscribirt werden konnte. Wo aber, wie in unserem Falle, jene überdieß nur eingebildete Zwangslage für den Gläubiger wegfällt, da kann auch das zur Unschädlichmachung derselben ihm eingeräumte Rechtsmittel nicht angewendet werden.

Ich habe in dem Bisherigen den Rang der Hypotheken mit Rücksicht auf die drei denselben bestimmenden Hauptmomente festzusetzen gesucht, Existenz der prinzipalen Obligation, Verfügungsrecht des Verpfänders über die zu belastende Sache und Entstehungsakte, resp. Inscription der Hypothek. Nach diesen Erörterungen muß, sofern sie ihrem Zwecke entsprechen, der Rang einer jeden einfachen Hypothek sich bestimmen lassen; durch die Zession einer Hypothek oder die Subrogation in eine solche, sowie durch das Zusammentreffen genereller und specieller Hypotheken an demselben Gegenstande können aber noch neue Verwickelungen entstehen, mit deren Lösung wir uns zum Schlusse dieser Abhandlung beschäftigen wollen. — Durch Zession eines hypothekarisch geschützten Forderungsrechtes geht bekanntlich nach der Rechtsregel: accessorium sequitur principale, kraft Gesetzes auch die Hypothek auf den Zessionar über und kann nun von diesem ebenso, wie ursprünglich von dem Zedenten, also auch mit ihrem alten Range geltend gemacht werden. *) Eine Hypothek kann aber auch für sich allein zedirt werden; sei es, daß der Zedent seines hypothekarischen Rechtes sich völlig entschlägt und es auf einen andern überträgt; sei es, daß er nun diesen andern, der bereits eine nachstehende Hypothek hat, nur in seiner Stelle seine Hypothek will ausüben

*) Ann. I. S. 54 Note *).

*) Art. 1692 C. c.

lassen und dagegen an dessen ungünstigere Stelle tritt. Auch in diesen Fällen ist es klar, daß der Zessionar die zedirte Hypothek mit demselben Range geltend machen kann, wie dieß ohne Zession dem Zedenten zugestanden hätte; wird doch in den bei weitem meisten der hierher gehörigen Fälle die Zession gerade nur zu diesem Zweck vorgenommen. Schwierigkeiten können nur dann entstehen, wenn der Zedent dieselbe hypothekarisch geschützte Forderung, resp. dieselbe Hypothek hintereinander verschiedenen Personen zedirt, oder wenn er nur einen Theil derselben abtritt, einen andern Theil für sich zurückbehält, oder endlich den einen Theil an den einen, den andern an einen andern zedirt. Zedirt ein Gläubiger die nämliche hypothekarisch geschützte Forderung nach einander an zwei verschiedene Personen, so hat nach der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 1690 C. c. allen dritten Personen, namentlich also auch dem Schuldner oder dem dritten Besitzer der verpfändeten Liegenschaft oder andern Gläubigern gegenüber, derjenige Zessionar den Vorzug, welcher zuerst die geschehene Zession den Schuldner förmlich notifiziren ließ, oder dessen Zession zuerst von diesem förmlich anerkannt wurde. Nach der generellen Ausdrucksweise des Art. 1690 vergl. mit 1689 C. c. muß dieser Grundsatz auch auf die Zession einer Hypothek allein ohne die zu Grunde liegende Forderung bezogen werden, so daß also demjenigen der Vorrang zukommt, welcher die geschehene Zession zuerst gehörig notifiziren ließ. Wird durch einen hypothekarischen Gläubiger seine Forderung oder auch die ihm zustehende Hypothek allein nur theilweise zedirt, während er einen andern Theil zurückbehält, so kommt bei einer Collision dem Zessionar der Vorzug vor den Zedenten zu, da letzterer offenbar contra bonam fidem handeln würde, wenn er selbst dem Zessionar, auf welchen er das Recht übertragen hat, bei Ausübung desselben hindernd in den Weg träte. *) Wird endlich eine hypothekarisch geschützte Forderung oder auch eine Hypothek allein zum Theil an den einen, zum Theil an den andern zedirt, so geht, sofern der Erlös aus der verpfändeten Liegenschaft nicht zur vollen Befriedigung aller hinreicht, derjenige Zessionar vor, welcher zuerst der an ihn geschehenen Zession durch gehörige Notification volle Wirksamkeit verschafft hat. Sobald nämlich ein Theil der Forderung, resp. der Hypothek mit voller Wirksamkeit zedirt ist, kann darüber von dem Zedenten nicht mehr verfügt und das abgetretene Recht in keiner Weise mehr beeinträchtigt werden, eben so wenig dadurch, daß er den Rest an einen andern, zu konkurirendem Rechte, zedirt, als dadurch, daß er selbst diesen Rest mit gleichem Rechte wie der Zessionar geltend machte. Durch Zession auch nur eines Theils der Forderung, resp. der Hypothek allein ist nämlich in Folge der Untheilbarkeit der Hypotheken der hypothekarische Schutz vollständig bis zum ganzen Betrag der Forderung auf den Zessionar übertragen, soweit diese Forderung an ihn abgetreten wurde oder soweit diejenige Forderung reicht, für welche ihm die Hypothek allein zedirt worden ist, und es kann also über den hypothekarischen Schutz in jenem Umfange nicht mehr zum Nachtheil des Zessionars durch den Zedenten verfügt werden. *)

Dagegen müssen andere Entscheidungen Platz greifen, wenn die Hypothek nicht durch Zession, sondern durch Subrogation an die Rechte des ursprünglichen Gläubigers, von diesem auf einen andern übergeht. Ist in diesem Falle der ursprüngliche Gläubiger nicht vollständig bezahlt, so geht er für den Rest seiner Forderung dem Subrogirten vor, wie dieß in unserem Gesetzbuche **) ausdrücklich entschieden ist und auch der Natur der hier obwaltenden Verhältnisse vollkommen entspricht; denn die Hauptintention des ursprünglichen Gläubigers ist hier nicht, wie bei der Zession, sein Recht ganz oder zum Theil zu veräußern, so daß er der vollen Ausübung desselben durch den Erwerber nicht im Wege stehen dürfte; sondern seine wesentliche Absicht ist nur die, zur Zahlung zu gelangen, wogegen er unbeschadet aller eigenen Ansprüche und nach voller Befriedigung derselben den Zahler seine Rechte will ausüben lassen. Erhält der ursprüngliche Gläubiger successiv theilweise Zahlungen von verschiedenen Personen, welche alle in seine Rechte subrogirt werden, so stehen diese einander in ihren Ansprüchen gleich, indem hier von einer eigentlichen nachträglich nicht mehr zu verkümmernden Rechtsübertragung an den zuerst Subrogirten die Rede nicht sein kann. Der erste theilweise Zahler, welcher für den entsprechenden Theil in die Rechte des ursprünglichen Gläubigers subrogirt wurde, hätte ja nach den obigen Ausführungen für den Rest der Forderung jenen sich müs-

*) Tropl. l. c. I. No. 367. Zachariä a. a. O. §. 285 Note 7. a. M. Dur. l. c. XIX. No. 228. XII. No. 187.

*) Zachariä a. a. O. §. 288 Note 7 vergl. §. 264 Note 37. Tropl. l. c. II. No. 608.

**) Art. 1252.

sen vorgehen lassen; dadurch, daß ein anderer den Rest der Forderung an den ursprünglichen Gläubiger bezahlte und in den entsprechenden Theil der Rechte desselben subrogirt wurde, erlangt die erste theilweise Zahlung und die damit verbundene Subrogation erst ihre ganz freie und ungehemmte Wirksamkeit und der zuerst Subrogirte kann demnach unmöglich einen Vorzug beanspruchen im Verhältniß zu dem später Subrogirten, welcher ihm sogar durch seine Handlung den Vortheil verschafft hat, daß die Restforderung des ursprünglichen Gläubigers ihm nicht mehr vorgeht. Da aber anderer Seits auch der spätere Zahler und Subrogirte einen Vorzug nicht beanspruchen kann, indem zwar durch seine Handlung der oben angedeutete Vortheil für den zuerst Subrogirten entsteht, in seinem Aufwand aber doch eine eigentliche Verwendung auf das gemeinschaftliche Object der Befriedigung nicht gelegen ist, so müssen die mehreren nach einander für theilweise Zahlungen Subrogirten mit konkurrirendem Rechte aus dem Erlös der verpfändeten Liegenschaft befriedigt werden. *)

Betrachten wir schließlich noch den Fall, wenn eine bestimmte Liegenschaft mit andern zusammen von einer Hypothek ergriffen ist, sei es von einer generellen oder einer die mehreren einzelnen Liegenschaften umfassenden speziellen, und wenn auf derselben Liegenschaft noch eine oder mehrere spezielle Nachhypotheken ruhen, so finden wir die hiebei eintretenden, zum Theil allerdings ziemlich komplizirten Fragen bei den verschiedenen Schriftstellern in verschiedener Weise beantwortet. Wir müssen hier von dem unbestrittenen Grundsatz ausgehen, daß jede Hypothek, auch eine solche, welche mehrere Liegenschaft umfaßt, und welche wir hier der Kürze halber, eine generelle Hypothek nennen wollen, wenn sie auch auf einer speziellen Verpfändung mehrerer einzelnen Liegenschaften beruhen sollte, schlechthin untheilbar ist in der Art, daß der Pfandgläubiger zum Zweck seiner Befriedigung nach freier Wahl jede einzelne seiner Hypothek unterworfene Liegenschaft zur Zwangsversteigerung bringen und aus dem Erlös derselben sich bezahlt machen kann, ohne Rücksicht darauf, ob auf der von ihm gewählten Liegenschaft noch spezielle Nachhypotheken ruhen, welche vielleicht in Folge seines Vorschreitens wirkungslos werden, während sie zu Gunsten der nachfolgenden speziellen Unterpfandsgläubiger ihren vollen Effect würden gehabt haben, wenn er eine andere nicht mit speziellen Nachhypotheken belastete Liegenschaft zur Zwangsversteigerung gebracht hätte. Dieser Grundsatz ist unbedingt anzuwenden, wenn nur eine der der generellen Hypothek unterworfenen Liegenschaften versteigert worden ist, so daß der Erlös aus derselben von dem generellen Pfandgläubiger vollständig bis zum ganzen Betrag seiner Forderung in Anspruch genommen werden kann, sollten auch gerade auf dieser Liegenschaft und nicht auf den andern spezielle Nachhypotheken ruhen, welche durch jenes Verfahren des generellen Pfandgläubigers beeinträchtigt oder gar ganz wirkungslos gemacht werden. Denn der generelle Pfandgläubiger hat vermöge der Untheilbarkeit seines hypothekarischen Rechts zu dem in Frage stehenden Schritte ein unzweifelhaftes Recht und kann allen Klagen der nachfolgenden speziellen Unterpfandsgläubiger siegreich mit dem Grundsatz begegnen: qui jure suo utitur, neminem laedit. *) Diese nachfolgenden speciellen Pfandgläubiger können sich also nur dadurch helfen, daß sie die ganze Forderung des vorgehenden generellen Pfandgläubigers bezahlen und dadurch kraft Gesetzes in Gemäßheit des Art. 1251 No. 1 C. c. in seine Rechte subrogirt werden, während die Behauptung von Tarrible **) rein willkührlich ist, durch die Bezahlung des vorgehenden generellen Pfandgläubigers aus dem Erlös einer der seiner Hypothek unterworfenen Liegenschaften werde der nachfolgende specielle Pfandgläubiger an dieser Liegenschaft von selbst in die Rechte jenes subrogirt. Ein Gesetz, welches eine derartige, jeden civilistischen Grundes entbehrende Subrogation anordnete, ist nicht vorhanden. Jenes Hilfsmittel, den vorgehenden generellen Pfandgläubiger zu bezahlen und damit kraft Gesetzes in die Rechte desselben einzutreten, steht an und für sich jedem nachfolgenden Pfandgläubiger zu, doch kann folgender Fall zu besondern Zweifeln Anlaß geben. Primus hat eine generelle Hypothek an den Liegenschaften A. und B. für eine Forderung von 10000 fl.; Secundus eine specielle an der Liegenschaft A. für 5000 fl.; Tertius, der der Zeit nach jüngste Pfandgläubiger eine specielle Hypothek an der Liegenschaft B. für 7000 fl; die Liegenschaft A. wird einzeln für 8000 fl., die Liegenschaft B. ebenfalls einzeln für 11000 fl. versteigert. (Schluß folgt.)

---

*) Zachariä a. a. O. §. 288 No. 3.

*) Tropl. l. c. III. No 752. Zachariä a. a. O. §. 289. VI. No. 1.

**) in Merlin répert d. jurispr. m. transcript. p. 128.

II.
Von dem Diebstahl.
(Forts. u. Schluß.)
§. 9.
Strafausmessungsgründe.

Der Gegensatz von den Erschwerungsgründen sind die Milderungsgründe, d. h. diejenigen Umstände, welche die Strafbarkeit zwar nicht gänzlich ausschließen, dieselbe jedoch in einem so milden Lichte erscheinen lassen, daß selbst der niedrigste Grad der gesetzlichen Strafe im Mißverhältnisse zur Strafbarkeit stehen würde, so daß der Richter ermächtiget ist, wegen solcher Gründe bei Festsetzung der Strafe unter das gesetzliche Minimum herabzugehen. Die Milderungsgründe sind theils allgemeine, theils besondere; erstere liegen in den Zuständen des Geistes, welche, wenn sie in erhöhtem Maaße vorhanden wären, alle Zurechnung und somit auch jede Strafbarkeit aufheben würden, z. B. das jugendliche Alter, Blödsinn, Verstandesschwäche u. s. w. §. 153 ff. vergl. mit §. 70 ff. Auf die Trunkenheit wird jedoch beim Diebstahl sowie überhaupt bei den Verbrechen, welchen Eigennutz zu Grunde liegt, in der Regel kein besonderes Gewicht gelegt. Jedenfalls hat die Trunkenheit auf die Strafe dann keinen Einfluß, wenn der Thäter sich durch Trunk absichtlich in den Zustand vorübergehender gänzlicher oder theilweiser Verwirrung der Sinne oder des Verstandes versetzt hatte, um ein im zurechnungsfähigen Zustande beschlossenes Verbrechen auszuführen. §. 76. Ein besonderer Milderungsgrund ist beim Diebstahl der Schadensersatz. Der von dem Schuldigen aus freiem Antrieb geleistete Ersatz des durch die Uebertretung verursachten Schadens erscheint nach allgemeinen Grundsätzen bei allen Verbrechen gegen die Vermögensrechte als Strafmilderungsgrund. (Vergl. §. 152 Abs. 5.) Hier beim Diebstahl aber wird solchem Ersatz, wenn er vor obrigkeitlichem Einschreiten aus freiem Antrieb, also unter Umständen geschehen ist, daß er als eine reine Folge der Reue erscheint, vom Gesetze eine noch weiter gehende Wirkung eingeräumt, nämlich die Wirkung eines Strafmilderungsgrundes, wie dies schon nach altem Recht der Fall war. (§. 73 c. des Strafedicts. Oberhofg. Jahrb. v. 1824 S. 354.) Nach dem neuen Strafgesetzbuch wird die Strafe des gemeinen Diebstahls, insofern er nicht dritter, und nicht unter erschwerenden Umständen (§. 385) begangen ist, auf ein Drittel herabgesetzt, wenn der Dieb vor obrigkeitlichem Einschreiten aus freiem Antriebe die entwendete Sache zurückgegeben oder vollen Ersatz geleistet oder den Bestohlenen in anderer Weise vollkommen zufrieden gestellt hat. Unter gleicher Voraussetzung wird die Strafe des gefährlichen und des dritten Diebstahls so wie der Diebstähle mit erschwerenden Umständen gemildert, jedoch in keinem Falle um mehr als ein Drittel. (§. 395. 396.) Es unterscheidet sich hiernach in dieser Beziehung der Diebstahl wesentlich von allen anderen Verbrechen gegen das Eigenthum oder gegen die Vermögensrechte, da der Ersatz bei diesen niemals als Grund der Strafmilderung erscheint, sondern immer nur als Strafminderungsgrund bei Ausmessung der gesetzlichen Strafe in Betracht kommt. Damit aber die Wiedererstattung beim Diebstahl die Wirkung eines Strafmilderungsgrundes habe, so muß solche

a) vollständig geschehen sein. Ein blos theilweiser Ersatz würde nur als Strafminderungsgrund in Betracht kommen. Der wirklichen Ersatzleistung kommt aber auch deren Nachlassung durch den Bestohlenen gleich, weil das Gesetz der Zurückgabe der Sache und dem vollen Ersatz es ausdrücklich gleichstellt, wenn der Dieb den Bestohlenen in anderer Weise vollkommen zufrieden gestellt hat. Jedoch versteht sich von selbst, daß solche Nachlassung des Ersatzes, um als Grund der Strafmilderung zu gelten, voraussetzt, daß sie ebenfalls vor obrigkeitlichem Einschreiten und überdies in Folge von Handlungen des Schuldigen geschehen sei, welche die wirkliche Reue desselben als unzweifelhaft darthun; wie z. B. die dem Beschädigten gemachte Selbstanzeige, verbunden mit dem Versprechen oder der erklärten Bereitwilligkeit künftiger Entschädigungsleistung u. dgl. Eine ohne solche Voraussetzung geschehene Erklärung des Bestohlenen, daß er dem Dieb die Sache schenke, würde daher solche Wirkung nicht haben.

b) Die Rückerstattung muß freiwillig, „aus freiem Antriebe" und

c) vor obrigkeitlichem Einschreiten geschehen sein.

Die Anforderung des Beschädigten oder Drohungen mit Klagen und Anzeigen schließen den Begriff eines freiwilligen Ersatzes aus, keineswegs aber blose Vorstellungen oder Ermahnungen der Freunde und Verwandten des Schuldigen, die etwa auf den Entschluß desselben gewirkt haben mögen. Geschieht der Ersatz erst nach obrigkeitlichem (polizeilichem oder gerichtlichem) Einschreiten, so wirkt er nicht als Grund der Strafmilderung, weil er jetzt nicht mehr als eine reine Folge der Reue, sondern

als Folge der Furcht vor Strafe, nicht mehr als freiwillig betrachtet wird. (Motive der Regg.)

Wie schon oben (§. 6 dieser Abhandlung) erwähnt, so unterscheidet das Gesetz von den Erschwerungs- und Milderungsgründen die Straferhöhungs- und Strafminderungsgründe. Diese werden auch blos Strafausmessungsgründe genannt. Sie berechtigen nicht, wie die Erschwerungs- und Milderungsgründe, über die gesetzliche Strafe hinauf oder unter dieselbe herab zu gehen, sondern nur innerhalb des gesetzlichen Rahmens bei Bestimmung der im einzelnen Falle verschuldeten Strafe mehr hinauf oder herabzusteigen. Unser Strafgesetzbuch, wie alle neueren Gesetzbücher von dem Gerechtigkeitsprinzip ausgehend, erkennt nämlich an, daß sich keine bestimmten Vorschriften über die absolute Strafbarkeit der einzelnen Verbrechensgattungen geben lassen, daß vielmehr die Strafbarkeit der einzelnen Verbrechen in concreto eine außerordentlich verschiedene sein kann, daß daher die Strafbarkeit im einzelnen Falle, je nach den besonderen Umständen desselben, mit Berücksichtigung der Subjectivität des Thäters und der Objectivität der verbrecherischen Handlung von dem Richter ausgemessen werden muß. Um dieses möglich zu machen, zugleich aber auch dieser Untersuchung des Richters über die Strafbarkeit einen praktischen Erfolg dadurch zu sichern, daß er in den Stand gesetzt wird, in jedem concreten Falle die Strafe der Strafbarkeit genau anzupassen, sind, mit Ausnahme einiger der schwersten Verbrechen, für welche absolute Strafen angedroht sind, nur relative Strafen durch Festsetzung eines Maximums und eines Minimums vorgeschrieben, zugleich aber auch dem Richter gewisse Regeln gegeben, nach welchen er im einzelnen Falle die Strafbarkeit beurtheilen und folgeweise die Strafe zwischen jenem Maximum und Minimum zumessen soll. Solche Regeln sind in §. 150 bis 152 enthalten.

Diese Regeln gelten für alle oder doch die meisten Verbrechen, namentlich aber für das Verbrechen des Diebstahls, für welches übrigens auch noch besondere Regeln über die Zumessung der Strafe in Ansehung des Betrages, die Gefährlichkeit u. s. w. gelten, von welchen jedoch schon oben am einzelnen Ort gesprochen worden ist. Im Allgemeinen wird nur noch bemerkt, daß die in dem Gesetze aufgeführten Straferhöhungs- und Minderungsgründe nur als Beispiele gelten, welche die Berücksichtigung analoger Umstände nicht ausschließen.

Vergl. Häberlin a. a. O. I. S. 87 ff.

Die Anwendung der vollen, im Gesetze gedrohten Strafe findet jedoch nur dann statt, wenn der Diebstahl vollendet ist. §. 104. Was zur Vollendung gehört, ist oben in §. 1 dieser Abhandlung Ziff. 7 (S. 116 ff. der Annalen) angegeben. Wenn aber die Vollendung nich erfolgt, so ist zu unterscheiden zwischen

a) der Vorbereitung,
b) dem (nicht beendigten) Versuch,
c) dem beendigten Versuch.

Handlungen, wodurch die Ausführung des Diebstahls erst vorbereitet, aber noch nicht angefangen wurde, unterliegen keiner Strafe, die Fälle ausgenommen, für welche besondere Gesetze das Gegentheil anordnen. §. 108 vergl. mit §. 122, 129, 641. Handlungen, wodurch die Ausführung eines Diebstahls angefangen worden ist, sind als Versuch desselben zu bestrafen. §. 106. Hat der Thäter Alles gethan, was von seiner Seite zur Vollendung des beabsichtigten Diebstahls nothwendig war, ist jedoch der zum Begriffe des vollendeten Diebstahls erforderliche Erfolg durch andere dazwischen getretene Umstände, welche ihren Grund nicht in seinem Willen, noch in seiner eigenen Handlungsweise hatten, abgewendet worden, so ist die That als beendigter Versuch des Diebstahls zu bestrafen. §. 107. Ueber die Strafe des nicht beendigten und des beendigten Versuchs geben die §§. 112 bis 116 Ziel und Maaß. Hat der Thäter nach einem nicht beendigten Versuche das Verbrechen freiwillig wieder aufgegeben, so sind die Versuchshandlungen als solche straflos, insofern sie nicht selbst in ein eigenes Verbrechen übergehen. §. 117. Hat der Thäter nach beendigtem Versuche das Eintreten des strafbaren Erfolgs selbst abgewendet, und das Verbrechen freiwillig wieder aufgegeben, so gilt dies als Strafmilderungsgrund. §. 118.

§. 10.

Von den Theilnehmern an dem Diebstahl, insbesondere vom Complott, von Banden und von Diebshehlerei.

Hierüber enthält das Strafgesetzbuch in Bezug auf den Diebstahl im Ganzen keine besonderen Bestimmungen, sondern es sind zunächst die allgemeinen Regeln anwendbar, weßhalb auf die §§. 119 ff. verwiesen wird. Was insbesondere die Banden betrifft, so unterscheiden sie sich vom Complott dadurch, daß dieses auf ein bestimmt bezeichnetes Verbrechen gerichtet ist, während bei

der Bande nur im Allgemeinen die Art oder Gattung von Verbrechen festgesetzt ist, zu deren Verübung die Verbindung eingegangen wurde, ohne daß schon die Verübung eines bestimmten Verbrechens beschlossen ist. Auch kann ein Complott schon durch die Verbindung von zwei Personen entstehen, während zu einer Bande wenigstens drei Personen nothwendig sind. Auf eine Bande sind sonst im Allgemeinen die Vorschriften vom Complott anzuwenden, jedoch sind den einzelnen Mitgliedern der Bande nicht alle von derselben verübten Verbrechen anzurechnen, sondern ein jeder Genosse der Bande wird nur in Ansehung derjenigen Verbrechen als Miturheber behandelt, zu welchen er auf irgend eine Weise vor, bei oder nach der Ausführung mitgewirkt hat oder bei deren Verübung er gegenwärtig gewesen ist. Denn nur in Beziehung auf diese Verbrechen ist er entweder als physischer Thäter oder als intellektueller Urheber strafbar. Aber selbst dann, wenn ein Genosse einer Bande auch an keinem Verbrechen, sei es durch spezielle Verabredung, sei es durch thätige Hülfe, Theil genommen hat, ist er schon wegen des blosen Beitritts zur Bande strafbar, da er stets als intellektueller Gehilfe bei dem wirklich verübten Verbrechen angesehen werden muß; denn er hat durch seinen Beitritt zur Bande Bereitwilligkeit zur Theilnahme an denjenigen Verbrechen zu erkennen gegeben, auf welche im Allgemeinen die Verbindung gerichtet war, so daß die übrigen Mitglieder der Bande bei der Verübung von Verbrechen auf seine Hilfe, sei es auch nur nach der That, rechnen konnten, oder wenigstens rechnen zu können glaubten.

Häberlin a. a. O. I. S. 63. 64.

Deßhalb bestimmt das Strafgesetzbuch in §. 482. 483: „Wenn sich eine Anzahl von wenigstens drei Personen zur Verübung mehrerer, einzeln noch unbestimmter Verbrechen des Raubs, Diebstahls, der Fälschung, oder des Betrugs verbunden haben, so werden die Anstifter und Anführer mit Zuchthaus von einem Jahr bis zu fünf Jahren, die übrigen Theilnehmer mit Arbeitshaus bis zu zwei Jahren, in schwereren Fällen mit Zuchthaus von einem Jahre bis zu drei Jahren bestraft. Haben Theilnehmer einer solchen Bande ein Verbrechen oder eine strafbare Versuchshandlung in Folge ihrer Verbindung wirklich verübt, so werden die dadurch verschuldeten Strafen und die Strafe des §. 482 nach der Vorschrift der §§. 170 bis 179 zusammengerechnet."

Ueber die Diebshehlerei enthält das Strafgesetz keine besondere Vorschrift, daher die allgemeinen Regeln über Begünstigung in §. 142 ff. gelten. Um dem Diebstahl und der Diebshehlerei soviel als möglich vorzubeugen, wurde eine sehr zweckmäßige (leider nicht genug beachtete) Verordnung erlassen, wornach jeder Käufer bei Strafe gehalten ist, alle von Kindern, Dienstboten und unbekannten Personen zum Kauf angetragene Sachen zuvor bei dem Ortsvorstand anzuzeigen, von welchem dann der Name des Verkaufers aufzuschreiben ist, und wornach jedem Händler und Trödler, der überwiesen werden kann, diese Verordnung übertreten zu haben, neben Verfällung in die Strafe, auch noch überdies die Erlaubniß, einen Handel oder Trödelkram treiben zu dürfen, ohne weiteres entzogen werden soll. (Reggsbl. von 1814 No. 7.)

Sodann besteht die Vorschrift, daß Jedermann, der Armaturstücke, die sich als Militärrequisiten kennbar auszeichnen, stiehlt, verheimlicht, oder auch nur, ohne sogleich die Anzeige davon zu machen, durch Kauf oder Tausch an sich bringt, mit einjähriger Zuchthausstrafe unnachsichtlich belegt werden soll. (Reggsbl. von 1812, S. 151 *). Auch das Einkaufen oder Eintauschen militärischer Monturstücke ist bei nachdrücklicher Strafe und unentgeldlicher Wegnahme der Stücke untersagt. (Reggsbl. von 1808, S. 287.) Diese Bestimmungen werden auch jetzt noch anwendbar sein. §. 5, No. 1 des Gesetzes vom 5. Februar d. J., Reggsbl. No. 9. Haager.

*) Vergl. Annalen XI. 158. D. R.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. **No. 36.** Mannheim, 6. September **1851.**

I.

Ueber die Rangordnung der Hypotheken.
(Schluß.)

Kann nun Tertius durch Zahlung der vollen 10,000 fl. an Primus vollständig in dessen Rechte subrogirt werden, so daß er den ganzen Erlös aus der Liegenschaft A. im Betrag von 8000 fl. für die generelle Hypothek des Primus, die er vermöge der Subrogation auszuüben befugt ist, in Anspruch nehmen kann, daneben für eben diese generelle Hypothek noch 2000 fl. aus dem Erlös der Liegenschaft B. vor wegnimmt, dann aus diesem Erlös seine spezielle Hypothek im Betrag von 7000 fl. sich vollständig bezahlen läßt und endlich den Rest von 2000 fl. den chyrographarischen Gläubigern überläßt, während Secundus auf seine Hypothek bei diesem Verfahren gar nichts erhielte? Troplong *) verneint diese Frage und behauptet, Tertius könne die Subrogation nicht zum Nachtheil des ihm der Zeit nach vorgehenden Secundus mißbrauchen; er könne durch die mit Subrogation verbundene Zahlung des Primus nur den Nachtheil beseitigen, welcher ihm dadurch entstände, daß Primus seine generelle Hypothek nur an der Liegenschaft B. geltend machte, nie aber in dieser Weise einen Vorzug vor Secundus erlangen. Darnach würde also für unsern Fall das Resultat entstehen, daß Tertius vermöge der Subrogation in die Rechte des Primus auf die diesem zustehende generelle Hypothek 3000 fl. aus dem Erlös der Liegenschaft A. verlangen könnte, während er den Rest dieses Erlöses im Betrag von 5000 fl. dem Secundus zu dessen voller Befriedigung überlassen müßte; die weiteren 7000 fl., die Tertius dem Primus bezahlt, hatte er auf die generelle Hypothek des Primus aus dem Erlös der Liegenschaft B. zu beziehen, von welchem also nur noch 4000 fl. für seine eigene specielle Nachhypothek im Betrag von 7000 fl. übrig blieben, so daß er 3000 fl. verlöre; die Subrogation würde ihm aber doch immer noch insofern von Nutzen sein, als er ohne dieselbe, und wenn Primus seine ganze hypothekarische Forderung, wie er konnte, aus dem Erlös der Liegenschaft B. befriedigt hätte, für seine specielle Nachhypothek an dieser Liegenschaft B. nur noch 1000 fl. gefunden und also 6000 fl. verloren haben würde. Troplong findet diese Entscheidung durchaus gerecht, weil der ältere Pfandgläubiger schlechthin dem jüngeren vorgehen müsse, und weil Secundus mit allem Recht vollständige Befriedigung verlangen könne, da er zu einer Zeit, in welcher auf dem Immobiliarvermögen des Schuldners im Werth von 19000 fl. eine hypothekarische Schuld von nur 10000 fl. ruhte, gegen eine Hypothek einen Credit von 5000 fl. bewilligte, während zu der Zeit, da Tertius gegen hypothekarische Sicherheit 7000 fl. kreditirte, auf dem Immobiliarvermögen des Schuldners im Werth von 19000 fl. bereits 15000 fl. hypothekarische Schulden ruhten, so daß Tertius von Anfang an daraus seine volle Befriedigung nicht erwarten konnte. Ich kann diesen Ausführungen von Troplong nicht beistimmen; denn das Alter der Hypotheken kann nur den Rang derjenigen Pfandgläubiger entscheiden, welche an derselben Liegenschaft eine Hypothek haben, und der von Troplong vorgetragene Billigkeitsgrund kann, abgesehen davon, daß er eben nur ein solcher und kein Rechtsgrund ist, schon um deßwillen nicht entscheiden, weil dem Gläubiger, welcher gegen Hypothek auf eine bestimmte Liegenschaft kreditirt, unmöglich zugemuthet werden kann, auch die auf andern Liegenschaften ruhenden speciellen Hypotheken zu berücksichtigen, die für ihn vollkommen irrelevant sind. Ich glaube also, daß in unserem Falle Tertius, welcher die ganze Forderung

*) l. c. III. No. 787.

des Primus bezahlt, mit voller Wirksamkeit in dessen generelle Hypothek subrogirt wird, selbst zum Nachtheil des Secundes, wobei nur nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die eine Schranke zu beachten sein wird, daß Tertius nicht ohne alles eigenes Interesse und lediglich zur Chikane des Sekundus für die generelle von ihm ausgeübte Hypothek des Primus den ganzen Erlös der Liegenschaft A. in Anspruch nehme; er wird vielmehr aus diesem Erlös nur so viel beanspruchen können, daß er unter Hinzurechnung des Erlöses aus der Liegenschaft B. vollständig für die dem Primus geleistete Zahlung und für seine eigene hypothekarische Forderung befriedigt werde; diese beiden Posten betragen zusammen 17000 fl., der Erlös aus der Liegenschaft B. 11000 fl.; er kann also von dem Erlös aus der Liegenschaft A. nur noch 6000 fl. beanspruchen und muß den Rest von 2000 fl. dem Secundus überlassen. Dieses Resultat scheint mir allein wahren Rechtsgrundsätzen zu entsprechen, und die Härte, welche für Secundus darin zu liegen scheint, steht keineswegs vereinzelt da, indem es sehr häufig vorkommt, daß derjenige, welcher mit rascher Vorsicht und Energie seine Rechte wahrt, einen Nachtheil vermeidet, welchem der minder Umsichtige und Entschlossene unterliegt.

Gehen wir nun zu dem Fall über, wenn wegen förmlicher Gant des Schuldners alle seine Liegenschaften versteigert werden müssen, so tritt hier, sofern sie in verschiedenen Gerichtsbezirken zerstreut liegen, nach französischem Prozeßrecht für die in jedem einzelnen Bezirke gelegenen Liegenschaften ein besonderes Verfahren ein und es müssen also in diesem Falle ganz die eben gegebenen Entscheidungen Platz greifen, indem dem generellen Pfandgläubiger, wenn nicht alle seiner Hypothek unterworfenen Liegenschaften in einem einzigen Verfahren versteigert werden und der Erlös aus allen zusammengeworfen wird, eine Vertheilung seiner Hypothek auf den Erlös der einzelnen Liegenschaften nicht zugemuthet werden kann, einerlei übrigens, ob überhaupt nur eine einzelne Liegenschaft versteigert wurde, oder zwar alle, aber jede einzelne in einem besondern Verfahren.*)

Wenn dagegen bei der Insolvenz des Schuldners dessen sämmtliche Liegenschaften in einem einzigen Verfahren vor einem und demselben Gericht zur Zwangsversteigerung gebracht werden, was nach den Grundsätzen des badischen Concursprozesses regelmäßig der Fall ist*), so behält zwar auch hier die generelle Hypothek an und für sich ihre Untheilbarkeit, aber, da es hier für den generellen Pfandgläubiger völlig gleichgiltig ist, aus dem Erlös, welcher Liegenschaft er befriedigt wird, so kann er sich nicht widersetzen, daß die zu seiner Befriedigung erforderliche Summe aus dem Erlösen der einzelnen Liegenschaften in einem Verhältnisse und in einer Reihenfolge genommen werden, daß dabei die Rechte der nachfolgenden speciellen Pfandgläubiger möglichst geschont bleiben. Demgemäß wird, wenn nur eine der der vorgehenden generellen Hypothek unterworfenen Liegenschaften mit speciellen Nachhypotheken belastet ist, die andern nicht, jene zunächst aus dem Erlös der letztern zu bezahlen sein, da es von Seiten des generellen Pfandgläubigers, für welchen es vollkommen gleichgiltig ist, aus dem Erlös welcher Liegenschaft er befriedigt wird, lediglich eine Chikane sein würde, wenn er zu seiner Befriedigung gerade den Erlös aus der mit Nachhypotheken belasteten Liegenschaft in Anspruch nehmen wollte. In der badischen Prozeßordnung (§. 897) ist unsere Regel ausdrücklich anerkannt. Im Uebrigen weichen aber bei der Anwendung des oben aufgestellten Grundsatzes die einzelnen Schriftsteller von einander ab; während nämlich Troplong**) und Grenier***) behaupten, die Vertheilung des Gesammterlöses müsse in der Art geschehen, daß die ältere specielle Nachhypothek auf der einen Liegenschaft vor der jüngeren speciellen Nachhypothek auf der andern bezahlt werde, so daß der ganze Verlust den jüngsten speciellen Pfandgläubiger treffen würde: vertheidigen Tarrible †) und Zachariä ††) die entgegengesetzte Ansicht, die vorgehende generelle Hypothek sei aus den Erlösen aller einzelnen Liegenschaften nach dem Verhältniß des Betrags dieser Erlöse zu bezahlen, so daß also alle Nachhypotheken verhältnißmäßig verlieren würden. Diese letzte Ansicht scheint mir die allein richtige, aus dem schon oben bei anderer Gelegenheit hervorgehobenen Grunde, daß der Rang von Hypotheken an verschiedenen Liegenschaften nicht durch ihr Alter bestimmt werden kann, vielmehr alle, wenn sie einmal miteinander in Collission kommen, einander gleich geachtet werden

*) Tropl. l. c. III. No. 759. Zachariä a. a. O. §. 289 VI. No. 1.

*) Bad. Pr.O. §. 811, 813.

**) l. c. III. No. 760.

***) l. c. I. No. 383.

†) l. c. p. 129.

††) a. a. O. §. 289 VI. No. 3.

müssen. Diese Ansicht ist für Baden ausdrücklich sanctionirt durch bad. Pr.O. §. 898 mit der weiteren durchaus konsequenten Bestimmung, daß der Erlös aus einer einzelnen Liegenschaft, soweit er nicht zur Deckung der vorgehenden generellen Hypothek nach dem angegebenen Maaßstabe zu verwenden ist, zunächst auf die specielle Nachhypothek an der betreffenden Liegenschaft fällt, der Rest aber, welcher etwa nach Tilgung dieser Hypothek noch übrig bleibt, den übrigen speciellen Pfandgläubigern nach Verhältniß des Werths der ihnen verpfändeten Liegenschaften, und nicht den chyrographarischen Gläubigern zufällt. Wenn nämlich die specielle Nachhypothek, welche auf einer der vorgehenden generellen Hypothek unterworfenen Liegenschaften ruht, so klein ist, daß durch sie der Rest des Erlöses aus dieser Liegenschaft noch nicht aufgezehrt wird, welcher nach verhältnißmäßiger Bezahlung jener generellen Hypothek übrig geblieben ist: so muß aus denselben Gründen, aus welchen die generelle Hypothek die auf einer mit Nachhypotheken belasteten und auf einer andern nicht damit belasteten Liegenschaft ruht, ganz aus dem Erlös der letztern zu bezahlen ist, auch der Ueberschuß zur Zahlung der generellen Hypothek verwendet werden, welcher von dem Erlös einer Liegenschaft nach der verhältnißmäßigen Zahlung der generellen Hypothek und der vollen Befriedigung der speciellen Nachhypothek aus diesem Erlöse noch übrig geblieben ist; oder mit andern Worten, es kommt dieser Ueberschuß nicht den chyrographarischen Gläubigern, sondern den nachfolgenden speciellen Pfandgläubigern an den andern Liegenschaften nach Verhältniß des Werths jeder einzelnen dieser Liegenschaften zu Gut. Diese Regeln ergeben in ihrer Anwendung folgendes Resultat, durch welches sie auch zugleich deutlicher erkannt werden können: Der Schuldner hat eine Liegenschaft A., aus welcher 2000 fl., eine Liegenschaft B., aus welcher 3000 fl. und eine Liegenschaft C., aus welcher 4000 fl. erlöst werden. Der Gläubiger Primus hat eine generelle Hypothek auf sämmtliche Liegenschaften für eine Forderung von 5000 fl., Secundus eine specielle Hypothek auf A. für 1000 fl., Tertius eine solche auf B. für 2000 fl., Quartus eine auf C. für 3000 fl. und diese Hypotheken sind in der angegebenen Reihenfolge nach einander entstanden. Zur Befriedigung der allen vorgehenden generellen Hypothek des Primus sind $1111\frac{1}{9}$ fl. aus dem Erlös der Liegenschaft A., $1666\frac{6}{9}$ fl. aus dem der Liegenschaft B. und $2222\frac{2}{9}$ fl. aus dem der Liegenschaft C. zu nehmen, so daß für die Nachhypothek des Sekundus $888\frac{8}{9}$ fl., für die des Tertius $1333\frac{3}{9}$ fl. und für die des Quartus $1777\frac{7}{9}$ fl. übrig bleiben. Bezöge sich dagegen die Nachhypothek des Secundus nur auf eine Forderung von 100 fl., so wären die nach seiner vollen Befriedigung aus dem Erlös der Liegenschaft A. noch restirenden $788\frac{8}{9}$ fl. noch zur Tilgung der generellen Hypothek zu verwenden und kämen also dem Tertius und Quartus nach Verhältniß des Werthes der ihnen speciell verpfändeten Liegenschaften B. und C. zu Gute, indem aus den Erlösen dieser Liegenschaften $788\frac{8}{9}$ fl. weniger als im ersten Falle zur Tilgung der generellen Hypothek zu verwenden wären; darnach erhielte schließlich Secundus seine vollen 100 fl., Tertius $1671\frac{27}{63}$ fl. und Quartus $2228\frac{36}{63}$ fl.

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß, wenn der generellen Hypothek eine Specialhypothek an einer Liegenschaft vorgeht, diese zunächst zu berichtigen ist, und von dem Erlös der betreffenden Liegenschaft nur der nach Bezahlung jener ersten Specialhypothek verbleibende Rest bei unserer Rechnung in Betracht zu ziehen ist. Wenn also im obigen Falle auf der Liegenschaft A. eine auch der generellen Hypothek des Primus vorgehende Specialhypothek für 1000 fl. ruhte, so würden zur Befriedigung der generellen Hypothek zu verwenden sein aus dem Rest, welcher nach Zahlung jener 1000 fl. von dem Erlös der Liegenschaft A. im Betrag von 1000 fl., übrig blieb 625 fl., aus dem Erlös der Liegenschaft B. 1875 fl., aus dem der Liegenschaft C. 2500 fl., so daß Secundus für seine specielle Nachhypothek an A. nur erhielte 375 fl., Tertius für die seinige an B. 1125 fl., Quartus für die seine an C. 1500 fl. *)

Bei Gelegenheit der Erörterungen, in welchem Verhältniß eine generelle Hypothek aus den Erlösen der einzelnen ihr unterworfenen mit speciellen Nachhypotheken belasteten Liegenschaften zu befriedigen sei, wirft Troplong **) endlich die Frage auf, ob der generelle Pfandgläubiger, der zugleich auch eine ebenfalls zum Zug kommende Specialhypothek an einer einzelnen Liegenschaft hat, von den nachfolgenden speciellen Pfandgläubigern mittelst der sogenannten exceptio discussionis realis genöthigt werden kann, seine Befriedigung zunächst aus dem Erlös der ihm speciell verpfändeten Liegenschaft zu suchen und die Erlöse der

---

*) Vergl. auch Guyet über die Befried. eines mit mehreren Spez. Hyp. versehenen Gläubigers im Archiv für ausw. Praxis XVIII. S. 372 ff.

**) l. c. III. No. 762.

andern seiner generellen Hypothek unterworfenen Liegenschaften nur in Subsidium in Anspruch zu nehmen. Troplong beantwortet diese Frage, gestützt auf die Autorität des römischen Rechts*) bejahend, mit der einzigen eben so sehr in der Natur der Sache gelegenen, als schon im röm. Recht begründeten Beschränkung, daß jene Einrede gegen den generellen Pfandgläubiger nur gebraucht werden dürfe, wann und in wie weit der generelle Pfandgläubiger mit voller Sicherheit seine Befriedigung aus dem Erlös der speciell verpfändeten Liegenschaft erwarten könne. Ich möchte nach dem Vorgange der gründlichsten Kenner des römischen Rechts noch die weitere Beschränkung hinzufügen, daß jene Einrede nur dann gebraucht werden kann, wenn die specielle Hypothek zuerst und dann die generelle begründet würde, indem nun in diesem Falle der Grund eintritt, auf welchem die fragliche Einrede beruht, daß nämlich nach der stillschweigenden Uebereinkunft der Partheien die zuerst bewilligte Specialhypothek zunächst zur Sicherung des Gläubigers dienen und die Generalhypothek nur eventuell in dem Fall zur Wirksamkeit gelangen soll, wenn jene nicht genüge.**)

J. Jolly.

II.

Ueber die Grenzen der Disciplinarstrafgewalt der Verwaltungsbehörden gegen die ihnen untergebenen öffentlichen Diener.

Steuerperäquator C. wurde im vorigen Jahre wegen unerlaubter Geschenknahme zum erstenmal in gerichtliche Untersuchung gezogen und während dieselbe noch nicht vom großh. Hofgericht durch Urtheil erledigt war, erkannte die großh. Steuerdirection, von der Sache in Kenntniß gesetzt, am 7. März l. J. im Disciplinarweg, daß der Angeschuldigte auf den Grund der vorliegenden Untersuchung wegen unerlaubter Geschenknahme seines Dienstes andurch entlassen werde. Später am 27. März l. J. erfolgte das hofgerichtliche Urtheil, wornach der Angeklagte des erwähnten Amtsverbrechens für schuldig erklärt und unter Anwendung des §. 55 des Strafedikts zu einer Geldstrafe von 130 fl. (das Doppelte des empfangenen Geschenks) verfällt wurde. Während der gerichtliche Recurs gegen dieses Erkenntniß schwebte, bestätigte großh. Finanzministerium, an welches der Angeschuldigte im disciplinellen Verfahren recurrirt hatte, am 12. April l. J. das Erkenntniß großh. Steuerdirection.

Es existiren nämlich einzelne Erlasse des großh. Finanzministeriums vom Jahre 1818 und 1840, wornach den Steuerperäquatoren unter Androhung sofortiger Dienstentlassung untersagt ist, von Privaten oder Gemeinden, es sei unter welchem Vorwand es wolle, Geschenke anzunehmen. Dagegen bestimmt der §. 667 des Strafgesetzes, daß derjenige öffentliche Diener, welcher bei seinen Amtsverrichtungen einen Betheiligten zum Nachtheil eines andern oder des Staates begünstigen kann, wegen einer vollzogenen Amtshandlung Geschenke annimmt, von einer Geldstrafe bis zu 1000 fl., und nur beim Rückfall überdies von Dienstentlassung getroffen werde, und im §. 657 des Strafgesetzes wird der Begriff der öffentlichen Diener dahin festgestellt, daß hierzu neben den Hof-, Staats- und Kirchendienern alle Diener öffentlicher Anstalten, welche in Bezug auf ihre Verwaltung unter der Aufsicht des Staates stehen, zu rechnen sind, ohne daß ein Unterschied zwischen der Widerruflichkeit oder Unwiderruflichkeit ihrer Anstellung gemacht wäre.

Es fragt sich nun: Können neben diesen Bestimmungen des Strafgesetzes die Erlasse des großh. Finanzministeriums, wornach schon auf die erste Uebertretung des Verbots der Geschenknahme die Dienstentlassung angedroht ist, noch zur Anwendung kommen? Ich glaube, diese Frage muß aus folgenden Gründen verneint werden.

1) Der §. 5 No. 4 des Gesetzes vom 5. Feb. l. J. bestimmt zwar, daß neben dem Strafgesetz auch die Gesetze und Verordnungen über die Disciplinarstrafen gegen öffentliche Diener bestehen bleiben. Daß aber hierunter nur Stafen gegen solche Amtsvergehen begriffen sind, für welche das Strafgesetz keine Vorsorge getroffen hat, liegt in der Natur der Sache, indem man unterstellen muß, der Gesetzgeber habe bei der Zumessung des Strafübels für Verbrechen öffentlicher Diener alle Rücksichten, welche die Würde, das Ansehen und der Wirkungskreis eines Dienstes erheischt, erwogen, und wenn er nur auf den wiederholten Uebertretungsfall die Dienstentlassung androhte, so liegt hierin indirect der Aus-

*) c. 2. C. de pign. 8, 14 c. 9. C. de distr. pign. 8, 28.
**) Vergl. Vangerow Pand. §. 369 Anmerk. 2.

spruch, daß er es zu hart befunden habe, schon bei der ersten Uebertretung diese Folge eintreten zu lassen. *)

2) Wollte man annehmen, der §. 5 No. 4 des Einführungsgesetzes habe die Anwendbarkeit einer solchen Disciplinarstrafe bestehen lassen wollen, so käme der Gesetzgeber mit sich selbst in Widerspruch, indem er den Begriff der öffentlichen Diener im §. 657 des Strafgesetzes so weit gefaßt hat, daß nothwendig darunter auch die Steuerperäquatoren fallen, und ihnen im §. 667 nur für den Rückfall die Dienstentlassung androht, während er zugleich im Einführungsgesetz durch Sanction der disciplinellen Verordnung schon auf die erste Uebertretung diese letztere Folge vorhalten würde.

3) Auch deuten die §. 5 No. 16 und §. 11 des Einführungsgesetzes darauf hin, daß die Strafgewalt der öffentlichen und der Dienstpolizei nur auf demjenigen Terrain sich zu bewegen hat, für welches die gesetzgebende Gewalt nicht schon Vorsorge getroffen, indem sie bestimmen, daß alle Gesetze und Verordnungen in Polizei- und Verwaltungssachen in Kraft bleiben, *insofern darüber das Strafgesetzbuch keine Bestimmungen enthält*, und den Verwaltungsbehörden das Recht bleibt, gegen die ihnen untergebenen öffentlichen Diener im Wege der Dienstpolizei Geld- oder Arreststrafen zu erkennen.

4) Will man auch bei vorkommenden Amtsverbrechen für welche das Strafgesetz Bestimmungen enthält, den vorgesetzten Dienstbehörden die Befugniß nicht bestreiten, neben der richterlichen Strafe noch disciplinell einzuschreiten, so würde doch die Disciplinarstrafe dasjenige Strafmaaß nicht überschreiten dürfen, welches die drei Factoren der Gesetzgebung als das angemessene erkannt haben, indem sonst jeweils im Wege ministerieller Verordnungen, und sogar solcher, die nicht einmal der landesherrlichen Sanction unterbreitet wurden, eine größere Strafgewalt über die nämlichen rechtswidrigen Handlungen ausgeübt werden könnte, als vom Gesetzgeber selbst, der sich hierin eine Schranke gezogen hat.

Latterner. *)

*) Jene Dienstentlassung, welche die Verwaltungsbehörde gegen widerruflich angestellte Diener im Disciplinarwege verfügt, ist unabhängig von derjenigen, die entweder durch richterliches Urtheil (Str. G.B. §. 33) *als Strafe* erkannt oder aber in Folge eines solchen Urtheils (§. 705) von der Staatsregierung verhängt wird.

Wenn der Richter nur den *Rückfall* in die Geschenknahme (neben der Geldbuße) mit Dienstentlassung bestrafen kann, so folgt daraus nicht, daß der öffentliche Diener, welcher sich das erste Mal einer unerlaubten Geschenknahme schuldig gemacht hat, auf keinem andern Wege von seiner Stelle entfernt werden dürfe.

An die vom Richter als Strafe erkannte Dienstentlassung knüpfen sich besondere und nachtheilige Folgen, welche bei der dienstpolizeilich verfügten Entlassung nicht eintreten.

Es möchte sich demnach nur so viel als richtig annehmen lassen, daß im ersten Falle einer unerlaubten Geschenknahme die Dienstentlassung *nicht als Strafe mit den im §. 44 u. 45 bestimmten Folgen* ausgesprochen werden könne.

D. R.

*) Rechtsanwalt in Mosbach.

III.

Oberhofgericht.

1) Wenn ein Strafurtheil den Schadensersatz zum besondern Austrag verwiesen hat, so muß der Beschädigte, welcher den bürgerlichen Rechtsweg betritt, solche Thatsachen und Beweise beibringen, welche die Entschädigungspflicht des Beklagten zu begründen vermögen.

2) Das Maaß der Entschädigungspflicht mehrerer Theilnehmer an einem Verbrechen (die Fälle der Tödtung oder Körperverletzung bei Raufhändeln ausgenommen) richtet sich, sofern sie nicht in Folge einer Verabredung handelten, nach dem Maaße ihrer besonderen Theilnahme am Verbrechen.

Annalen XVII. 196, 294, 324 und 342.

Ein hofgerichtliches Urtheil vom 13. Februar 1850 erklärte den A. *Boos* der Theilnahme am Hochverrathe für schuldig und verurtheilte ihn zu einjähriger Zuchthausstrafe, so wie zum Ersatze des durch sein Verbrechen verursachten Schadens unter sammtverbindlicher Haftbarkeit mit den übrigen Theilnehmern an den hochverrätherischen Unternehmungen des vorigen Jahres. Auf ergriffenen Recurs wurde zwar dieses Urtheil hinsichtlich der Schuldigerklärung unterm 1. Juni 1850 von großh. Oberhofgerichte bestätigt, die Strafe aber auf drei Monate peinliches Gefängniß herabgesetzt und die Schadensersatzpflicht zum besonderen Rechtsaustrage verwiesen. Unter Bezugnahme auf dieses Urtheil hat nun die großh. Staatscasse

in einer Civilklage vom 15. Juli 1850 den Beklagten für schuldig zu erkennen, den ihr durch die Mairevolution zugefügten Schaden in noch zu bestimmendem Betrage sammtverbindlich mit den übrigen Theilnehmern an der Revolution zu ersetzen.

Zur Begründung dieses Begehrens trug die Klägerin vor: der Beklagte hafte als Theilnehmer an der Mairevolution dem gr Fiscus für den dadurch erwachsenen Schaden und zwar sammtverbindlich, weil er mit den übrigen Theilnehmern zu jenem Erfolge vorsätzlich mitgewirkt habe. L.R.S. 1382 und 1382 d.

Alle Theilnehmer am Hochverrathe hätten nämlich auf Umsturz der Verfassung hingearbeitet; dies sei ihr einziges Ziel gewesen, der eine allerdings mehr, der andere weniger. Der Erfolg ihres Gesammtstrebens und ihrer Handlungen sei der dem großh. Fiscus erwachsene Schaden und es werde Niemand bezweifeln, daß dieser Schaden die Wirkung der Revolution gewesen. Alle haften somit für den ganzen Schaden, zumal der Natur der Sache nach es gar nicht möglich sei, den Schaden speciell zu bestimmen, den jeder Einzelne durch seine hochverrätherischen Handlungen dem Staate zugefügt habe.

Daß der Beklagte vorsätzlich gehandelt, gehe aus dem allegirten Strafurtheile hervor, das ihn des Hochverraths für schuldig erkläre.

In einem Nachtrage vom 31. Juli ward noch beigefügt: der Beklagte habe während der letzten Revolution zum Ausmarsch der Biethinger Wehrmannschaft, zur Unterstützung Sigels, des bekannten Anführers der Rebellen und zur Fortsetzung des Kampfes gegen die Reichstruppen aufgefordert, welche auf Verlangen der legitimen Regierung zur gewaltsamen Unterdrückung des Aufstandes herbeigeeilt waren. Durch diese unzweideutig hochverrätherischen Handlungen sei Beklagter offenbar Theilnehmer an dem Aufstande gewesen und deßhalb auch verurtheilt worden.

Nach Vernehmung des Beklagten wies das Untergericht durch Bescheid vom 14. Sept. 1850 die Klage ab.

Das großh. Hofgericht erkannte dagegen am 11. Februar d. J. abändernd nach dem Begehren des großh. Fiscus.

Allein unterm 17. Juli l. J. wurde in dritter Instanz das hofgerichtliche Urtheil aufgehoben und das amtliche wieder hergestellt.

Amtliche Entscheidungsgründe.

Das großh. Oberhofgericht hat in seinem Urtheile das Erkenntniß über die Verbindlichkeit des Beklagten zum Schadensersatze zum besonderen Austrage verwiesen, weil die Untersuchungsacten den Beweis nicht lieferten, daß die Handlungen des Beklagten in ursächlichem Zusammenhange mit dem dem Staate durch die Revolution erwachsenen Schaden stehen und dieselben von Folgen begleitet gewesen sind.

Der Beklagte hat die ihm zur Last gelegte strafbare Handlung zugestanden; allein es fehlt der Klage an der thatsächlichen Begründung, daß die strafbare Handlung des Beklagten mit dem Schaden in einem ursachlichen Zusammenhang stehe, welchen die Klägerin durch die Revolution im vorigen Jahre erlitten hat. Es ist nicht behauptet und bewiesen worden, daß der Aufforderung des Beklagten zum Ausmarsche der Biethinger Wehrmannschaft zur Unterstützung und zur Fortsetzung des Kampfes gegen die Reichstruppen irgend eine Folge geleistet wurde, daß der Ausmarsch stattfand, und daß durch Biethinger Volkswehren dem großh. Aerar irgend ein Schaden zugefügt wurde.

So lange aber dieses weder nachgewiesen werden kann, noch daß die strafbaren Handlungen des Beklagten den Schaden, welchen das großh. Aerar durch die Revolution erlitten hat, nothwendig zur Folge gehabt haben, so lange erscheint das Begehren der Klage nicht begründet und gerechtfertigt rc.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

In thatsächlicher Hinsicht ist unter den Parteien unbestritten, daß der Beklagte durch Urtheil des diesseitigen Gerichtshofes vom 13. Febr. v. J. und durch Urtheil des großh. Oberhofgerichts vom 1. Juni v. J. der Theilnahme an dem durch den Aufruhr im Mai und Juni 1849 *) verübten Hochverrath für schuldig erklärt wurde. Ebenso ist unbestritten, daß der großh. Staatskasse durch diese Revolution ein Schaden von mehreren Millionen zuging.

Nur darüber herrscht Streit, ob der Beklagte zum Ersatze dieses Schadens und zwar unter sammtverbindlicher Haftbarkeit mit den übrigen Theilnehmern verpflichtet sei.

Der Beklagte verneint dies, weil seine Theilnahme in keinem ursachlichen Zusammenhange mit dem durch die Revolution dem Staate erwachsenen Schaden stehe, und

---

*) Die Handlung, welche dem Beklagten als Theilnahme am Hochverrathe zugerechnet wurde, fällt übrigens erst in den Monat Juli 1849.

weil seine Handlung von keinen Folgen begleitet gewesen sei. Allein darauf kommt es nicht an, ob das Handeln des Einzelnen bei Verübung eines Verbrechens einen Erfolg hatte und ob dieser Erfolg mit dem durch die unrechte That verursachten Schaden unmittelbar in ursachlichem Zusammenhange stehe, sondern darauf kommt es an, ob der Einzelne mit Mehreren zur Verübung eines Verbrechens zusammenwirkte und dieses Verbrechen einen Erfolg hatte und Schaden verursachte. Denn Jeder, welcher durch eine unrechte That (Vergehen) einen Anderen beschädiget, ist zur Entschädigung verpflichtet L.R.S. 1382. Sammtverbindlich haften für den Schaden die, welche mit Anderen zu einem Erfolg zusammenwirkten und vorsätzlich handelten. L.R.S. 1382d.

Als Erfolg erscheint hier zunächst das Verbrechen des Hochverraths und nur folgeweise der daraus entstandene Schaden.

Der in Frage stehende Hochverrath bildet ein untrennbares Ganze vom Anfang der Revolution bis zum Ende. Wessen Handlung überhaupt den Charakter des Hochverraths an sich trägt, der muß so betrachtet werden, daß er das ganze Verbrechen begangen habe; alle Theile zusammen bilden das Ganze in unzertrennbarer Verbindung. Von den Folgen der Handlung des Einzelnen kann hierin das Erkenntniß nicht abhängig gemacht werden, jeder macht die That des Andern zu der seinigen, eben weil er mit dem Anderen auf denselben Erfolg (Hochverrath) hinwirkt.

Jeder Theilnehmer trägt deßhalb auch die Verantwortung des ganzen Erfolgs in civilrechtlicher Hinsicht, d. i. des ganzen Schadens.

In vorliegendem Falle gesteht der Beklagte zu, daß er während der letzten Revolution zum Ausmarsch der Biethinger Wehrmannschaft zur Unterstützung des bekannten Rebellen-Anführers Sigel und zur Fortsetzung des Kampfes gegen die Reichstruppen aufgefordert habe. Und deßhalb wurde er der Theilnahme am Hochverrath für schuldig erklärt. Dies genügt nach Obigem zur Entschädigungspflicht und zur sammtverbindlichen Haftbarkeit mit den übrigen Theilnehmern ꝛc.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Die dem Beklagten urtheilsmäßig zur Last gelegte Theilnahme an dem hochverrätherischen Aufruhre bestand darin, daß er bei der am 7. Juli 1849 zu Biethingen stattgehabten Gemeindeversammlung in Folge eines von Sigel an die Bewohner des Seekreises erlassenen Aufrufs den Ausmarsch des ersten Aufgebots betrieb, welcher übrigens unterblieben ist.

Weil nun diese Handlung unter den damals obwaltenden Umständen auf den weiteren Verlauf der Revolution einen besonderen Einfluß auszuüben nicht geeignet, auch eine Folge dieser Handlung so wenig als ein ursachlicher Zusammenhang derselben mit dem durch die Revolution dem Staate erwachsenen Schaden im Strafverfahren nachgewiesen war, so wurde im oberhofgerichtlichen Urtheil vom 1. Juni 1850 die Schadensersatzpflicht zum besonderen Austrag verwiesen.

Hierin lag für die großh. Staatskasse die Aufforderung, wenn sie civilrechtliche Verbindlichkeiten des Beklagten verfolgen wollte, mit ihrer Civilklage solche Thatsachen und Beweise beizubringen, welche die in Anspruch genommene Entschädigungspflicht überhaupt und die Sammtverbindlichkeit des Beklagten zu begründen vermöchten. Die Klägerin beruft sich aber lediglich auf das diesseitige Strafurtheil und dessen thatsächliche Grundlage, ohne etwas Neues vorzutragen.

Nach diesem Urtheil, welches die Klägerin als ein beiden Theilen gemeinschaftliches Beweismittel auch gegen sich gelten lassen muß, ist jedoch im Hinblick auf den §. 18 des die landrechtlichen Vorschriften näher entwickelnden Gesetzes über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen *) nur die dem Beklagten angeschuldigte That als bewiesen anzusehen, weil dasselbe ausspricht, daß der Civilpunkt nicht genügend aufgeklärt sei.

In dieser Lage befindet sich die Sache auch dermalen noch, indem von Seiten der Klägerin bezüglich des Erfolgs jener Handlung lediglich nichts vorgebracht wurde, was noch zum Beweis ausgesetzt werden könnte.

Da insbesondere eine Verabredung des Beklagten mit anderen Theilnehmern an dem Aufstande nicht behauptet ist, so richtet sich zufolge §. 9 des vorhin allegirten Gesetzes das Maaß der Entschädigungspflicht des Ersteren nach dem Maaße seiner besonderen Theilnahme an dem fraglichen Verbrechen.

Nun geht aber aus der Begründung des Strafurtheils vom 1. Juni v. J. hervor, daß die Aufforderung des Beklagten ohne Erfolg gewesen, beziehungsweise, daß die Biethinger Wehrmannschaft weder am 7. Juli 1849, als dem Tage der Aufforderung, noch später ausmarschirt, und

*) Vergl. Annalen XVI. 105 und XVII. 14.

daß sonach die That des Beklagten ein Versuch geblieben ist, durch welchen erweislich kein Schaden angerichtet wurde.

A. d. Gr. ꝛc. D. R.

IV.

Literaturbericht.

Das badische Militärstrafrecht und Militärstrafverfahren von **W. Brauer**, großh. bad. Geh. Rathe und Generalauditor in Carlsruhe, Druck und Verlag der G. Braun'schen Hofbuchhandlung 1851.

Diese mit Inhaltsverzeichniß und Register versehene Schrift theilt sich in zwei Bücher, wovon das erste Buch das Militärstrafrecht und das zweite den Militärstrafprozeß (mit Einschluß der Disciplin) in gemeinfaßlicher Darstellung behandelt.

Was insbesondere das Verfahren angeht, so waren die Eigenthümlichkeiten desselben bisher fast ausschließliches Geheimniß der Militärbehörden, weil die Quellen, auf welchen jene beruhen, zum großen Theil nicht veröffentlicht worden sind.

Das vorliegende Werkchen stellt nun die einzelnen Vorschriften nach den dem Herrn Verfasser vermöge seiner dienstlichen Stellung zugänglichen Quellen in geeigneter Ordnung als ein vollständiges Ganze zusammen und dient in so fern einem Jeden, welchem daran gelegen ist, sich mit diesem Zweige des einheimischen Rechtes vertraut zu machen, als willkommene Belehrung.

Obgleich seinem Zwecke nach vorzugsweise zum Gebrauche für Offiziere und Kriegsbeamte und als Leitfaden zu Vorlesungen an der Kriegsschule bestimmt, wird doch das Buch nicht verfehlen, auch das Interesse der Juristen namentlich der Anwälte und Justizbeamten, zu erregen, weil ihnen dessen Inhalt wegen der vielfachen Berührungen mit den Militärbehörden nicht fremd sein darf.

D. R.

V.

Fragen zur abgeänderten Prozeßordnung.

1) Darf daraus, daß die Bestimmung des §. 642 der Pr.O. nicht nach §. 219 oder §. 640 eingeschaltet, sondern unter den besondern Titel „vom abgekürzten Verfahren" nach §. 641 gestellt wurde, geschlossen werden, daß in den Fällen des §. 642 ebenfalls mit der Behauptung von Thatsachen der Beweis derselben sofort zu verbinden sei, da hierin der wesentliche Unterschied zwischen dem mündlichen und dem abgekürzten Verfahren liegt?

2) Findet ferner in den Fällen des §. 1185 der Pr.O., der unter den Titel „von der abgekürzten Appellation" gestellt wurde, schlechthin die abgekürzte Appellation mit 8-, resp. 21tägiger Frist Statt, oder gibt es nach der Verschiedenheit der Fälle auch bei der Verhandlung der Appellation vor Amt eine ordentliche und eine abgekürzte Appellation mit verschiedenen Fristen?

Ist bejahendenfalls die ordentliche Appellation dahin erweitert, daß z. B. ein nicht besonders charakterisirter Fall darunter gehört, bei welchem die Streitsumme 51 fl. beträgt?

Ist der Ausdruck „findet Statt" des §. 1185 der Pr.O. dahin zu verstehen, daß die dort bezeichnete Appellation vor dem Unterrichter verhandelt werden muß?

3) Wie hat sich der Unterrichter Angesichts der Bestimmungen der §§. 218, 221, 636, 637 der Pr.O. bezüglich der Festsetzung der zu beweisenden Thatsachen, der etwaigen Ertheilung einer Beweisfrist und des etwa anzudrohenden Rechtsnachtheils, sowie der Aufnahme der Beweisverhandlungen zu benehmen, wenn die Klage von einem auswärtigen Kläger schriftlich eingereicht wurde, der Beklagte mündlich zugleich den Klaginhalt widersprach und Einreden vortrug, und der Kläger die letztern schriftlich oder bei dem Gericht seines Wohnsitzes protokollarisch widerspricht?

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. **No. 37.** Mannheim, 13. September **1851.**

I.

1) Der mit einer Schenkung unter Lebenden bedachte, aber auf die Erbschaft verzichtende Vorbehaltserbe darf nur einen dem Freitheil gleichkommenden Betrag zurückbehalten. L.R.S. 845.

2) Dieser Betrag wird zuerst auf seinen Antheil am Vorbehalt, und nur ergänzungsweise auf den Freitheil aufgerechnet. War jedoch die Schenkung ganz oder theilweise Voraus, und theilweise Vorempfang, so wird umgekehrt jener zuerst auf den Freitheil und nur das übrige ergänzungsweise auf den Vorbehaltsantheil aufgerechnet.

1.

Auf S. 487 und ff. des vorigen Jahrgangs dieser Annalen habe ich mitgetheilt, daß der Cassationshof in Paris die bekannte Streitfrage des L.R.S. 845 in einem Urtheile vom 18. Februar 1818 (Laroque de Mons) im Sinne von No. 1 der obigen Ueberschrift entschieden, und daß er später hinsichtlich der Aufrechnung der zurückbehaltenen Summe, insofern sie Vorempfang war, sich im Sinne von No. 2 Satz 1 oben ausgesprochen habe.

Ich habe dort nachzuweisen versucht, daß diese Gesetzesauslegung die allein richtige, jede andere aber unrichtig, ungerecht und bedenklich sei.

Ich war bisher in dem guten Glauben, der Cass.-Hof habe an seiner Ansicht festgehalten, und bis jetzt darnach entschieden; allein ich fand beim Nachlesen über eine andere Controverse in der Sirey'schen Sammlung, daß er dieselbe im Jahr 1843 wieder verlassen, die gegentheilige angenommen, und seither noch in zwei Fällen (1846 und 1848) darnach entschieden hat.

Es stehen sich nämlich jetzt noch zwei Hauptansichten gegenüber; die eine behauptet: der mit einer Schenkung unter Lebenden bedachte, aber auf die Erbschaft verzichtende Vorbehaltserbe darf nur einen dem Freitheil gleichkommenden Betrag an seiner Schenkung zurückbehalten (système du non-cumul de la quotité disponible et de la réserve); die andere: derselbe darf die ganze Schenkung (soweit sie nämlich seinen Vorbehaltsantheil und den Freitheil zusammen genommen nicht überschreitet) innebehalten (systeme du cumul de la quot. disp. et de la réserve).

In der Aufrechnungsweise stimmen beide Ansichten, insofern die Schenkung bloser Vorempfang war, was wohl die Regel bilden wird, überein: nach beiden wird die zurückbehaltene Summe zuerst auf den Antheil des verzichtenden am Vorbehalt, und nur ergänzungsweise auf den Freitheil eingerechnet.

In ihrer Wirkung sind aber beide Ansichten sehr verschieden, denn nach der ersten muß, wenn die Schenkung Vorempfang war, vom Freitheil immer noch etwas übrig bleiben; während nach der zweiten mit dem Vorbehaltsantheil auch noch der ganze Freitheil aufgezehrt werden kann, wenn nemlich der Vorempfang, der zurückbehalten wird, ebensoviel oder noch mehr beträgt, als jener Vorbehaltsantheil und der Freitheil zusammen. Nach der ersten Ansicht wird der Vorempfang (die Schenkung) um das gemindert, was er mehr beträgt, als der Freitheil; nach der zweiten aber nur um das, was er mehr beträgt, als der Vorbehaltsantheil des Verzichtenden und der Freitheil zusammen.

Man erkennt aus diesen Folgen den sehr erheblichen Unterschied zwischen beiden Meinungen und wie wichtig es

für die Betheiligten ist, ob die Gerichte nach der einen oder andern erkennen.

Wie schon erwähnt, huldigte der Cass.-Hof in Frankreich bis 1843 der ersten, seither aber in drei Fällen der zweiten Ansicht.

Devilleneuve (einer der Fortsetzer der Sirey'schen Sammlung) vertheidigte stets und vertheidigt noch jetzt beharrlich die erste Ansicht; er begleitete die umschlagende Entscheidungen des Cass.-Hofs von 1843 an mit treffenden Bemerkungen.

Aus diesen ist zu entnehmen, daß in der Regel die Gerichtshöfe des nördlichen Frankreichs, wo vor dem Code bekanntlich das Gewohnheitsrecht galt, nach der ersten (dem System der Nichtverbindung des Vorbehaltsantheils mit dem Freitheil), die im Süden, wo früher das geschriebene (röm.) Recht herrschte, nach der zweiten Ansicht (dem System der Verbindung) entschieden haben.

Die Vertheidiger des letztern Systems hätten stets behauptet, der Cass.-Hof sei schon bei Entscheidungen in den Jahren 1829 und 1834 von seiner Ansicht vom Jahr 1818 abgegangen; allein dies sei nicht wahr, denn bei diesen Entscheidungen hätte es sich nicht um die Größe der zurückzubehaltenden Summe, sondern nur um die Aufrechnungsweise derselben gehandelt, und wenn nun der Cass.-Hof 1829 und 1834 auch entschieden habe, daß diese Summe zuerst auf den Antheil des Verzichtenden am Vorbehalt, und nur ergänzungsweise auf dem Freitheil zu geschehen hätte, so habe er dadurch keineswegs die Vereinigung des ganzen Freitheils und des Vorbehaltsantheils gestattet, also die zweite Ansicht nicht angenommen.

Der Rechtsstreit (Leproust Navereau c. héritiers Leproust), fährt Devilleneuve (Sirey 1843 I. 689) fort, in welchem der Cass.-Hof seine Ansicht änderte, sei unter dem Einflusse jener Behauptungen verhandelt worden und auch der Vortrag des General-Advokaten hatte damit übereingestimmt, und da sei denn die Entscheidung auch in diesem (umschlagenden) Sinne erfolgt.

Devilleneure bedauert diese Umkehr des Cass.-Hofs, namentlich auch deßwegen, weil sie fast ohne alle, wenigstens ohne hinreichende Discussion und Entscheidungsgründe erfolgt sei.

Ich muß diesem Bedauern beistimmen, denn die Vertheidiger des Systems der Nichtverbindung brachten, wenigstens nach der Relation in Sirey für ihre Parthie und Ansicht gar nichts vor; und der General-Advokat, der im Sinne der richtigen Anwendung des Gesetzes zu sprechen hat, sagte nichts als: „der Cass.-Hof sei schon im Jahre 1834 von seiner früheren Ansicht abgegangen; nach diesem Urtheil würde das Geschenk nicht dem Erben, sondern dem Kinde gemacht, und wenn nun der Empfänger verzichtet, so rechne er das Erhaltene zuerst auf seinen Vorbehaltsantheil und ergänzungsweise auf den Freitheil ein; derselbe verlange nichts im Wege der Klage, sondern behalte nur zurück im Wege der Einrede."

Der Cass.-Hof verkündete hierauf folgende Gründe und Entscheidung:

„J. E. daß der Familienvater den gesetzlichen Vorbehalt zum Nachtheil seiner Kinder nicht verletzen darf; daß, wenn er zu Gunsten eines von ihnen verfügt hat, der Verzicht desselben auf die väterliche Erbschaft, um sich an seine Schenkung zu halten, keine andere Wirkung hat, als ihm (dem Kinde) das Recht zu geben, das Geschenk innerhalb der Grenzen des Gesetzes zurückzubehalten; daß es (das Kind) aber seinem Antheil am gesetzlichen Vorbehalt, auf den ihm seine Eigenschaft als Kind ein Recht gibt, nicht entsagt; daß dies aus der Verbindung der Art. 845 und 919 C. c. folgt; wird die Entscheidung voriger Instanz, dahin lautend, daß das beschenkte, aber verzichtende Kind seinen Vorbehaltsantheil verliere, als die vorhin angeführten Gesetzesstellen verletzend cassirt."

Die vordern Instanzen hatten nämlich erkannt, daß der Verzichtende keinen Anspruch am Vorbehalt mehr habe, sondern nur den Betrag des Freitheils zurückbehalten könne, das mehr Empfangene aber zurückzuzahlen hätte. Hinsichtlich der Größe des zurückzubehaltenden Betrags hatten diese Instanzen, nach meiner Ansicht, Recht, nur nicht hinsichtlich der Aufrechnungsweise. Da aber nur wegen ersterer Streit war, so hätte der Cass.-Hof deren Urtheil bestätigen sollen.

Allein derselbe entschied, daß der Vorbehaltsantheil und der Freitheil zurückbehalten werden darf. Für diese Entscheidung und die Umkehr des Cass.-Hofs reichen aber die oben angeführten Gründe offenbar nicht aus. Derselbe sagt zwar hier nicht ausdrücklich, aber er schloß ohne Zweifel so: der Vorbehalt gebührt dem Kinde, als solchem, nicht als Erben; durch den Verzicht auf letztere Eigenschaft verliert also das Kind seinen Vorbehaltsantheil nicht; diesen behält es an der Schenkungssumme als Kind zurück, und den Betrag, um den Letztere jenen Antheil übersteigt, als Geschenknehmer auf den Freitheil: der Verzichtende kann

also seinen Vorbehaltsantheil und gegebenen Falls noch dazu den Freitheil zurückbehalten.

Allein dieser Schlußfolgerung und Entscheidung steht der Art. 845 schnurstraks entgegen, welcher sagt, der Verzichtende darf nur zurückbehalten „jusqu'à concurrence de la portion disponible," d. h. einen dem Freitheil gleichkommenden Betrag. Die „portion disponible" des Art. 845 ist nichts anderes als die „portion disponible" des Art. 913 und folgende. Der Cass.-Hof hätte Recht, wenn es im Art. 845 heißen würde „jusqu'à concurrence de sa part dans la réserve légale et de la portion disponible cumulées." So heißt es nun aber nicht, sondern nur „jusqu'à concurrence de la portion disp.," also zu deutsch: bis zum Betrag des Freitheils, d. h. bis zu einem dem Freitheil gleichkommenden Betrag.

Bei einer Entscheidung vom 21. Juli 1846 (Sirey 1846 I. 826) half sich der Cass.-Hof auf eine andere Weise; er sagte dort:

„J. E., daß nach den Worten des Art. 845 der verzichtende Erbe das empfangene Geschenk bis zum Betrag des Freitheils zurückbehalten darf;

J. E. daß der Freitheil, welcher nach Art. 919 den Kindern gegeben werden kann, Alles dasjenige in sich begreift, was das Gesetz nicht den Erben vorbehält u. s. w."

Der Cass.-Hof gibt hier dem „Freitheil" des Art. 845 eine gar große Ausdehnung und versteht darunter nicht nur den eigentlichen Freitheil des Art. 913, sondern auch noch den Vorbehaltsantheil des Verzichtenden, denn den letztern „behalten ja die Gesetze den Erben (den Nichtverzichtenden) nicht vor." Wenn also der Vater 2 Kinder hinterläßt, von denen eines verzichtet, betrage der „Freitheil" des Art. 845 nicht nur $^1/_3$ der Verlassenschaft, sondern $^2/_3$, nämlich $^1/_3$ als eigentlicher Freitheil des Art. 913 und noch $^1/_3$ als Antheil des Verzichtenden am Vorbehalt. Diese $^2/_3$ dürfe der Verzichtende, wenn die Schenkung so groß oder noch größer ist, behalten, und das andere Kind, das Erbe wird, bekomme nur $^1/_3$.

Das meint der Art. 845 aber offenbar nicht; unter seiner „portion disponible" ist jedenfalls nur der eigentliche Freitheil des Art. 913 und folgende, aber nur dieser verstanden, und nicht das, was der Cass.-Hof nach seinem Sprachgebrauch hier so nennt. Es wäre auffallend, und man wüßte sich nicht mehr zu helfen, wenn das Gesetz im Art. 913 unter Freitheil z. B. (in obigem Falle) $^1/_3$ des Nachlasses verstünde, unter demselben Ausdruck aber in Art. 845 — $^2/_3$.

Man muß doch den Gesetzgebern und Redactoren des C. c. so viel zutrauen, daß sie unter einem und demselben Begriffe doch nicht zweierlei Größen, einmal eine einfache (913) und dann eine doppelt so große (845) verstanden haben können.

Auf gleiche Weise half sich der Cass.-Hof bei einem Urtheile in ähnlichem Falle unterm 21. Juni 1848 (Sirey 1849, I. 173); dort sagt derselbe;

„J. E., daß aus der Vorschrift des Art. 785, wornach der Verzichtende so angesehen wird, als wäre er nie ein Erbe gewesen, zwei Consequenzen sich ergeben; die erste, anerkannt im Art. 786, daß der Theil der Verlassenschaft, welchen das Gesetz dem Verzichtenden zugedacht hatte, denen zuwächst, welche Erben werden; die zweite, angenommen in dem Art. 845 in Verbindung mit Art. 919 und 921, daß, wenn der Verzichtende eine Schenkung unter Lebenden empfangen hat, sein Recht zum Rückbehalt von dieser Schenkung sich verbreitet bis zu dem Betrag, welcher nicht nöthig ist, um denen, die Erben geworden, ihren Antheil am Vorbehalt zuzuscheiden, d. h. bis zum Betrag des Freitheils und zugleich des Antheils, welchen der Verzichtende, wenn er die Erbschaft angenommen hätte, vom Vorbehalt empfangen haben würde u. s. w."

Der Cass.-Hof stellt auch hier wieder als eine ausgemachte Sache dar, daß der „Freitheil" des Art. 845 einen ganz andern und größern Betrag umfasse als der „Freitheil" des Art 913 und folgende. Er nimmt als bewiesen an, was erst bewiesen werden soll. In der Regel versteht man unter einem und demselben Ausdrucke, an verschiedenen Orten gebraucht, ein und dasselbe, also unter dem „Freitheil" des Art. 845 dasselbe, was unter dem „Freitheil" des Art. 913 und folgende; wenn nun aber der Cass.-Hof unter jenem mehr begreift und begriffen wissen will, als unter diesem, so muß er dies erst beweisen.

Diesen Beweis ist er aber bis jetzt schuldig geblieben, und wird ihn immer schuldig bleiben, denn er kann ihn nicht liefern.

Er meint zwar, es folge seine Ansicht aus der Verbindung der Art. 919 und 921 mit Art. 845; allein aus dieser Verbindung folgt für unsere Frage und seine Antwort gar nichts, denn die Art. 819 und 821 passen gar nicht hierher. Der Art. 919 sagt nicht mehr und nicht weniger, als daß der Freitheil ganz oder theilweise auch Kindern oder an-

dern Erben gegeben werden könne, ohne daß er zurückgebracht (eingeworfen) zu werden brauche, wenn er nämlich ausdrücklich als **Voraus** gegeben worden sei; und der Art. 921: die Minderung der Verfügungen unter Lebenden kann nur durch diejenigen begehrt werden, zu deren Gunsten der Vorbehalt bestehe, und durch ihre Erben und Nachfolger; weder die Geschenknehmer, noch die Legatore, noch die Gläubiger können sie verlangen oder davon Nutzen haben.

Wo ist nun aber hier auch nur im entferntesten davon die Rede, oder wie wird man hier in Schlußfolgerungen auf das geleitet, was der Caff.-Hof behauptet; wie will man aus Inhalt und Sinn der erwähnten beiden Art. in Verbindung mit Art. 845 beweisen, daß die „port. disp." des letztern nicht blos die „port. disp." des Art 913 u folgende, sondern auch noch den Vorbehaltsantheil des Verzichtenden umfasse! — Der Freitheil ist eben der Freitheil, und der Vorbehalt ist der Vorbehalt; der Freitheil kann aber nicht einmal der Freitheil, und das andere mal Freitheil **und** Vorbehaltsantheil zusammen sein.

Es ist unrichtig, was der Caff.-Hof sagt, daß nämlich alles dasjenige, was nicht nothwendig sei, um die **Vorbehaltserben** (die nämlich auch Erben bleiben) zu befriedigen, **zum Freitheil** gehöre, und deßwegen demjenigen verbleibe oder zukomme, dem der Freitheil zugedacht sei. Wenn im Vorbehalt durch Verzicht ein Theil frei wird, so wächst dieser denen zu, die Erben geworden sind (insofern nicht, wovon später die Rede sein wird, eine Aufrechnung darauf geschieht), und verbleibt oder gebührt nicht demjenigen, der eben nur „bis zum Betrag des Freitheils" bedacht sein soll. Für solche und ähnliche Fälle greift der Art. 786 Platz; dieser spricht offenbar gegen die Ansicht des Caff.-Hofs und man kann aus seinen Gründen gerade das Gegentheil folgern, denn wenn das, was durch Verzicht frei wird, nach Art. 786 den **Erben** zuwachsen soll, kann es eben nicht dem **Nichterben**, beziehungsweise dessen Freitheil anwachsen und diesen vergrößern. Der Freitheil, dessen Größe einmal in einem einzelnen Falle bestimmt ist, bleibt immer gleich groß; ebenso der Vorbehalt. Wenn bei einer Verlassenschaft von 4000 fl. 3 Vorbehaltserben vorhanden sind, und einer verzichtet, so schrumpft der Vorbehalt nicht auf die 2 Antheile der 2 Erben also auf 2000 fl. zusammen, so daß der dritte Theil, also 1000 fl., dem Freitheil von 1000 fl. anwächst, und diesen von ursprünglich 1000 fl. auf 2000 fl. erhöht; jeder der 2 Erben erhält seinen Vorbehaltsantheil mit 1000 fl., dann theilen sie aber unter sich noch die 1000 fl., die durch Verzicht im Vorbehalt frei werden, insofern darauf keine Aufrechnung zulässig ist, und der Freitheil beträgt nach wie vor 1000 fl. Die frei werdenden 1000 fl. sind nicht nothwendig, um den 2 Erben ihren Vorbehalt zu geben, denn jeder hat schon seinen gesetzlichen Antheil davon; dennoch aber gebühren sie **ihnen** und nicht dem Freitheil-Nehmer, und zwar auf den Grund des Art. 786. Es ist also ganz unrichtig, wenn der Caff.-Hof in seinen Gründen zu den beiden letzten Entscheidungen behauptet, zu dem Freitheil gehöre und darunter verstehe der Art 845 Alles, was nicht nöthig sei, um den Erben den Vorbehalt zu geben.

Abgesehen davon, daß das, was der Caff.-Hof hier anführt, nirgends im Gesetze steht, oder durch Schlußfolgerungen zu finden ist, erscheint diese Auslegung als eine Begünstigung des Verzichtenden auf Kosten der Erben, die auf keine Weise gebilligt werden kann. Wie kann es mit den Forderungen der Vernunft und der Moral in Einklang gebracht werden, dem Verzichtenden mehr zuzuscheiden, als er nach dem Willen des Hausvaters bekommen sollte? Welcher Familienvater wird sich — wenn das Gesetz so ausgelegt wird wie dies der Caff.-Hof thut — dazu verstehen, dem einen und andern seiner Kinder einen Vorempfang zu geben und dadurch dessen häusliche Niederlassung möglich zu machen, wenn er weiß, daß nach seinem Tode der Empfänger durch Verzicht auf die Erbschaft die ganze Summe, die er zur Gleichstellung mit seinen Geschwistern zurückbringen soll, behalten, und noch dazu diejenigen, welchen der Vater den Freitheil zugedacht hatte, um diesen bringen kann?

Warum soll denn derjenige, der sich nicht scheut, das Vermögen seines Vaters zu behalten, aber die Schulden und Lasten desselben auf seine Geschwister zu wälzen, welche die Erbschaft angenommen und den ehrlichen Namen des Vaters gerettet haben, auf Kosten dieser Geschwister bevortheilt werden? Kann es denn gerechtfertigt werden, denjenigen, der daran ist, die Gläubiger der Erbschaft zu prellen, noch durch das Gesetz dazu zu ermuntern? Verdient denn dieser, der durch den Verzicht in seinem Verhältniß zu dem Erblasser und dessen Nachlaß lediglich ein **Dritter** geworden ist, mehr Rücksicht als überhaupt ein **Dritter**, der nur den Freitheil und nicht mehr bekommen kann?

Das Gesetz ist einfach und klar und nach meiner An-

ficht auch ganz gerecht; es bestimmt, daß ein Dritter (oder eine Mehrheit von Dritten) nur den Freitheil, berechnet nach dem Art. 913 und folgende, erhalten kann; es sagt ferner, daß ein Erbe, der verzichtet, lediglich ein solcher Dritter wird; es sagt dies nämlich im Art. 785, wornach der Verzichtende angesehen wird, als wäre er nie Erbe gewesen: es folgt also schon aus diesen Artikeln, daß der Verzichtende nicht mehr empfangen kann als ein Dritter, nämlich nur den Freitheil, oder einen diesem gleichkommenden Betrag. Diese Schlußfolgerung ist in den Worten des Art. 845 ausdrücklich anerkannt und ausgesprochen, denn da heißt es mit dürren Worten, daß der Verzichtende einen dem Freitheil gleichkommenden Betrag an einer Schenkung zurückbehalten kann.

Man sieht hier, daß aus den Art., aus welchen der Cass.-Hof seine dermalige Ansicht ableitet, gerade das Gegentheil folgt. — Dem Erblasser (oder der Verlassenschaft) gegenüber sind alle Andern entweder Erben oder Nichterben (unter Letztern verstehe ich auch die Legatere). Ein Nichterbe kann, wenn Vorbehaltserben da sind, höchstens den Freitheil erhalten. Der Verzichtende ist aber ein Nichterbe geworden, also kann auch er nur so viel empfangen, als der Freitheil beträgt. Er bekommt demnach so viel, als ein Dritter hätte bekommen können; und kann er sich dann über eine solche Behandlung auch nur im Mindesten mit Grund beklagen; stellt er sich nicht selbst in die Reihe der dritten Personen; ist er denn mehr als eine solche? wer zwingt ihn denn, auf die Erbschaft zu verzichten? Soll denn auf den Verzicht noch eine Prämie gesetzt werden? soll das Gesetz zum Verzicht einladen dadurch, daß es sagt: wenn du Erbe wirst, kannst du von deinem Vorempfang höchstens deinen Vorbehaltsantheil behalten und mußt an den etwa nachkommenden Schulden Theil nehmen; wenn du aber verzichtest, kannst du deinen Vorempfang bis zum Betrag deines Vorbehalts und des Freitheils zusammen zurückbehalten, und brauchst keine Schulden zu übernehmen? Ich glaube nun für meine Ansicht hinlänglich Gründe angeführt zu haben und verwillige eben dem Verzichtenden nur einen dem Freitheil gleichkommenden Betrag.

Ob die Schenkung als bloser Vorempfang, oder aber als Voraus gegeben war, ist hier gleichgültig; der Art. 845 macht keinen Unterschied; auch lag dem Gesetzgeber kein Grund vor, einen solchen zu machen. Erst bei der Auf-, Ab- oder Einrechnung des zurückbehaltenen Betrags ist auf diesen Unterschied zu achten, wie jetzt gezeigt werden soll.

2.

Von der Frage der Größe des zurückzubehaltenden Betrags verschieden ist die Frage, auf welchen Theil der Verlassenschaft derselbe eingerechnet werden darf. Bei dieser Frage ist der Verzichtende aber nicht im Geringsten betheiligt, denn ihm kann gleichgültig sein, ob dieser Betrag an dem Vorbehalt, d. h. den Erben, oder an dem Freitheil, d. h. den Legataren abgeht. Hier kommen lediglich die Interessen der Vorbehaltserben (die es nämlich geblieben) und der etwa vorhandenen Geschenk- und Vermächtnißnehmer in Collission. Jene werden verlangen, daß die zurückbehaltene Summe am Freitheil, diese, daß sie an dem Vorbehaltsantheil des Verzichtenden abgehen solle.

Hier ist wohl eine Unterscheidung zu machen, ob die dem Verzichtenden unter Lebenden zugedachte Schenkung nur Vorempfang, oder Voraus war, oder aber aus Beidem zugleich bestanden hatte.

Im ersten Falle hatte sie der Hausvater lediglich in der Absicht, in der Unterstellung und in dem guten Glauben gegeben, der Empfänger werde sie dereinst zurückbringen (einwerfen), d. h. sie werde ihm an seinem Vorbehaltsantheil aufgerechnet werden. Im Augenblick des Todes hatten die Erben ein Forderungsrecht an den Empfänger auf das Rückbringen, dieser aber hatte gegen jene einen Anspruch auf einen Vorbehaltsantheil. Im Augenblick des Todes standen sich also Forderung und Gegenforderung in Beziehung auf den Vorbehaltsantheil entgegen und hoben sich durch Wettschlagung gegenseitig bis zum entsprechenden Betrag auf. Die Aufrechnung auf den Vorbehaltsantheil macht sich also von selbst, und es folgt demnach hieraus und aus den andern Gründen, die ich schon in meiner früheren Abhandlung vorgebracht habe, daß ein Vorempfang, der durch Verzicht zurückbehalten wird, zuerst auf den Vorbehaltsantheil des Verzichtenden und nur ergänzungsweise auf den Freitheil eingerechnet wird.

War aber die Schenkung als ein Voraus gegeben, so war es ja schon der Wille des Hausvaters, daß sie nicht mehr zurückgebracht, sondern am Freitheil abgehen soll. Sie wird daher nur auf den Freitheil eingerechnet. Hat er noch später Schenkungen oder Legate auf den Freitheil gelegt, und dieser reicht zur Befriedi-

gung aber nicht hin, so entscheidet eben die Priorität. Weder der Hausvater selbst, noch die später Beschenkten können sich aber über die Einrechnung der früheren Schenkungen auf den Freitheil beklagen. War nun der Voraus größer als der Freitheil, so kann der beschenkte Verzichter nur den Freitheil zurückbehalten, das mehr Empfangene muß er aber zurückbezahlen. Beträgt das Zurückzubezahlende gerade so viel, als der Vorbehaltsantheil des Verzichters betragen haben würde, oder weniger, so theilen die Erben dies unter sich, aber nicht als Vorbehaltstheil, sondern als Theil der Erbschaft, der ihnen nach Art. 786 zuwächst. Beträgt aber das Zurückzubezahlende mehr, so war um dieses Mehr der Vorbehalt angegriffen, und sie fordern dann dies als Ergänzung desselben.

Bestand aber die Schenkung unter Lebenden theils aus Vorempfang, theils aus Voraus, so kann, wie oben nachgewiesen wurde, der Verzichtende eben immer nur einen vom Freitheil gleichkommenden Betrag zurückbehalten, die Aufrechnuug geschieht in der Art, daß der Vorempfang auf den Vorbehaltsantheil des Verzichtenden, der Voraus aber auf den Freitheil eingerechnet wird, und zwar aus den bereits vorgebrachten Gründen. Beträgt die (aus Vorempfang und Voraus gemischte) Schenkung mehr als der Freitheil, muß also der Verzichtende zurückerstatten, so fällt das Zurückzuzahlende immer den Erben zu, nicht den auf den Freitheil angewiesenen Geschenk- und Vermächtnißnehmern, denn war schon der Voraus größer als der Freitheil, so war dieser mit Wissen und Willen des Hausvaters absorbirt, und für etwaige spätere Geschenk- und Vermächtnißnehmer bleibt nichts mehr übrig; war aber der Voraus kleiner als der Freitheil, so wird mit dem Vorempfang der Unterschied zwischen dem Voraus und der Summe des Freitheils ausgefüllt und dies auf den Vorbehaltsantheil des Verzichtenden eingerechnet, der andere zu dieser Ausfüllung nicht nöthige Theil des Vorempfangs aber fällt nach Art. 876 an die Erben zurück.

Z. B. Ein Vater hinterläßt vier Söhne und der Nachlaß besteht in 12,000 fl. Ein Sohn hat von ihm unter Lebenden eine Schenkung von 3000 fl. erhalten, woran 2000 fl. Vorempfang und 1000 fl. Voraus sein sollen. Dieser Sohn verzichtet auf die Erbschaft, um sich an seine Schenkung zu halten; die andern drei nehmen sie an.

Hiernach beträgt der Freitheil (Art. 913) 3000 fl., die Schenkung ist nicht größer, er kann sie also nach Art. 845 ganz behalten. Die 2000 fl. Vorempfang werden auf den Vorbehaltsantheil des Verzichtenden, welcher 2250 fl. macht, eingerechnet; daran bleiben also 250 fl. übrig und wachsen nach Art. 876 den drei Erben zu. Die 1000 fl. Voraus geben aber am Freitheil ab, so daß von diesem noch 2000 fl. übrig bleiben. Diese erhalten etwaige spätere Geschenk- oder Vermächtnißnehmer oder, wenn keine solche da sind, wieder die drei Erben.

So wird auch verfahren, wenn die gemischte Schenkung weniger macht als der Freitheil.

Beträgt aber die Schenkung im obigen Beispiele 4000 fl., nemlich der Vorempfang 2000 fl. und der Voraus 2000 fl., so müssen 1000 fl. zurückerstattet werden, weil nach Art. 845 mehr nicht, als ein dem Freitheil (von 3000 fl.) gleichkommender Betrag zurückbehalten werden darf. Der Voraus von 2000 fl. wird auf den Freitheil eingerechnet, so daß von diesen noch 1000 fl. für die Legatere übrig bleiben; der Unterschied zwischen dem Voraus und dem Freitheil (oder dem Betrag, der zurückbehalten werden darf), nemlich 1000 fl. erscheint als Vorempfang und wird als solcher auf den Vorbehaltsantheil des Verzichtenden eingerechnet; von letzterm bleiben demnach 1250 fl. für die Erben übrig, d. h. die vom Verzichtenden zu viel empfangenen und zurückzuzahlenden 1000 fl. fallen den Erben, nicht den Legataren heim, die mit den nicht verschenkten 250 fl. wieder 1250 fl. machen.

Hätte im letzten Falle der Voraus allein schon 3000 fl. (also so viel als der Freitheil), die ganze Schenkung also 5000 fl. betragen, so müßten die zu viel geschenkten 2000 fl. wieder den Erben zurückerstattet werden. Gleiches ist der Fall, wenn der Voraus den Freitheil übersteigt.

Man kann hiernach rücksichtlich der Aufrechnung die Regel aufstellen: der zurückzubehaltende Betrag der Schenkung wird zuerst auf den Vorbehaltsantheil des Verzichtenden, und nur ergänzungsweise auf den Freitheil eingerechnet; war jedoch ein Voraus gegeben, so geht umgekehrt dieser zuerst am Freitheil, und nur das übrige ergänzungsweise am Vorbehaltsanthail ab.

Wenn ich in dieser und der frühern Abhandlung dem einen oder andern der verehrten Leser auf den ersten Anblick vielleicht etwas zu ausführlich geworden zu sein scheine, so wird er bei näherem Eingehen diesen Vorwurf zurücknehmen.

Die Wichtigkeit der Sache erforderte eine speciellere

Auseinandersetzung. Die dermalige Ansicht des Cass.-Hofs (bis zum Schlusse des Jahres 1850 hat er sie nach Sirey nicht geändert) scheint mir so sehr gegen das positive Gesetz, gegen Recht und Billigkeit und sogar gegen die guten Sitten zu verstoßen, daß ich es sehr bedauern würde, wenn unsere Richter und Rechtspolizeibeamte dieselbe annehmen würden. Dies wo möglich zu verhindern, war meine Absicht, und darum bin ich, selbst auf die Gefahr eines stillen Vorwurfs hin, etwas ausführlich geworden.

Spohn.

II.

1) **Das Recht, resp. die Pflicht des Vaters, das Vermögen seiner minderjährigen Kinder zu verwalten, ist Ausfluß der elterlichen Gewalt, woran**
2) **durch Willensbestimmungen Dritter, sowie auch durch den Verzicht des Vaters nichts geändert werden darf.**
3) **Eine derartige Willensbestimmung kann für sich allein einem Dritten nicht die Staatsbürgerpflicht schaffen, die Vermögensverwaltung zu übernehmen.**

(Zu L.R.S. 389.)

Ein Großoheim vermachte in seinem Testament den drei Kindern des F. K. in Pf. sein bedeutendes Vermögen. Der Kopftheil eines Jeden beträgt ca. 40,000 fl. Vater und Mutter dieser ehelichen Kinder leben noch.

In dem Testamente ist angeordnet, daß jedem Kinde bis zur Volljährigkeit ein Pfleger gesetzt werden solle, der das Vermögen verwalte.

Das Testament wird anerkannt und vollzogen.

Als Pfleger des einen Erben H. K. wird dessen Großvater mütterlicher Seits ernannt.

Nach einiger Zeit tritt dieser von seinem Amte zurück und durch einen Bürgermeisteramtsbericht mit der Rubrik: „Sicherung des Vermögens der F. K'schen Kinder betr." wird der Gutsbesitzer A. G. von Pf. als Pfleger an dessen Stelle in Vorschlag gebracht.

Dieser Letztere ist aber, durch seine persönliche Verhältnisse bestimmt, gar nicht geneigt, diese Pflegschaft anzunehmen.

Das Bürgermeisteramt erklärt dem großh. Oberamt Pf. selbst, daß A. G. bei weitem den größten Theil des Jahres über von Pf. abwesend sei, und empfiehlt das Gesuch um Befreiung.

Auch das großherzogl. Amtsrevisorat, obwohl auf den L.R.S. 102 und den Unterschied von Aufenthalt und Wohnsitz verweisend, anerkennt, daß A. G. als Neffe des frühern Vormunds durch die Uebernahme der Vormundschaft in den Fall kommen könnte, gegen diesen Klage führen zu müssen.

Es sagt:

> „um dem Streit abzuhelfen, würde es am Besten sein, wenn Jemand gegen billige Entschädigung zu Führung der Pflegschaft aufgestellt würde. Die Letztere hat die Mittel dazu und taugliche und vermögliche Leute dazu gibt es hier auch."

Allein das großh. Oberamt Pf. erkannte unterm 30. Januar d. J.:

> „In Erwägung, daß Gutsbesitzer A. G. dahier als Vormund für fraglichen Minderjährigen vorgeschlagen ist;
>
> in Betracht, daß die Uebernahme einer Vormundschaft eine allgemeine Staatsbürgerpflicht ist, von welcher nur in gewissen im Gesetze angeführten Fällen — L.R.S. 427 und folgende — Befreiung eintritt;
>
> in Erwägung, daß eine Verlegung des Aufenthaltsortes — denn nur von einer solchen, nicht aber von einer Aenderung des Wohnsitzes im Sinne des L.R.S. 102 ist hier die Sprache — zu fraglichen Enthebungsgründen nicht gehört;
>
> in Betracht, daß A. G. als mit dem Mündel verschwägert, vor Andern zur Uebernahme fraglicher Vormundschaft verpflichtet erscheint," wird verfügt:
>
> „Es sei A. G. schuldig, die „Vormundschaft" „über H. K. zu übernehmen und habe die Kosten ꝛc."

A. G. zeigte den Rekurs an, und stellte sodann vor Allem nach §. 18 der Rekursordnung (Reggsbl. 1833, No. 13, S. 67) dem großh. Oberamt in erster Reihe vor:

a) daß die Ehe der Elterntheile des H. K. noch bestehe;
b) daß während der Ehe der Vater nach L.R.S. 389 Verwalter alles Vermögens sei, welches seinen min-

derjährigen Kindern gehöre, selbst ihres frei eigenen;

c) daß man während der Dauer der Ehe nach juristischen Grundsätzen und besonders nach dem Begriffe der patria potestas von einer Vormundschaft nicht reden könne;

d) daß die väterliche Gewalt es nämlich seie, welche den Vater während der Ehe zum Administrator des Vermögens seiner minorennen Kinder ernenne, wie sie ihm auch die Sorge für die Person des Minderjährigen zur Auflage mache, welche sonst auch in die Pflicht des Vormunds gehöre (L.R.S. 450, 450a., 203, 371 folgende);

e) daß also unter diesen Umständen hier eine tutela und eine Staatsbürgerpflicht zur Uebernahme solcher nicht vorliege

A. G. hat unter weiterer Auseinandersetzung seiner persönlichen Befreiungsgründe um Rücknahme der ergangenen Entschließung durch das großh. Oberamt und fürsorglich um Abänderung durch die Rekursbehörde.

Aber unterm 4. März d. J. erkannte die großh. Regierung des Mittelrheinkreises:

„.... daß der Rekurs .... aus den der oberamtlichen Verfügung vorgesetzten Gründen und da durch das Testament des H. K, welches von sämmtlichen Erbsinteressenten anerkannt, angeordnet ist, daß

„„den Kindern seines Neffen F. K. als seinen Haupterben und zwar jedem Kinde ein Pfleger bis zu seiner Volljährigkeit gesetzt werden solle,""

wogegen Rekurrent keine Einsprache zu erheben befugt, auch kein gesetzlicher Ablehnungsgrund auf seiner Seite vorhanden ist; da ferner der öftere Aufenthalt des Rekurrenten auf seinem Gute in T... nicht als Hauptniederlassung anzusehen ist, — als unbegründet verworfen werde."

Hiegegen ergriff A. G., zu sehr dabei interessirt, daß er dieser Pflegschaft enthoben werde, nach Organ.-Edikt de 1809 (Reggsbl. S. 487) den Rekurs an das großh. Justizministerium, welches am 3. Mai d. J. aussprach:

„In Erwägung, daß das Recht und beziehungsweise die Pflicht des Vaters, das Vermögen seiner Kinder zu verwalten (L.R.S. 389) als ein Theil der väterlichen Gewalt zu betrachten ist, woran durch Willensbestimmungen, auch durch freiwilligen Verzicht (des einwilligenden Vaters) nichts geändert werden darf. (L.R.S. 1388.)

In Erwägung, daß eine derartige Bestimmung daher auch nicht die Folge haben kann, daß ein Dritter mit der Verwaltung als mit einer staatsbürgerlichen Pflicht belästigt werden darf, so lange nicht zugleich gesetzliche Gründe vorliegen, dieselbe dem Vater zu entziehen.

In Erwägung, daß es aber hiernach auf den weitern Beschwerdegrund der Wohnsitzveränderung des Vormunds nicht mehr ankommt,

„wird der Recurs des A. G. von Pf. unter Verschonung desselben mit den Kosten für begründet erklärt, und der Beschluß großh. Oberamts Pf. vom 4. Januar d. J. resp. großh. Regierung des Mittelrheinkreises vom 4. März d. J. wieder aufgehoben."

An Mittheilung dieses an und für sich interessanten Streites knüpfe ich noch einige den Fall umschreibende Betrachtungen.

Unterscheidet sich auch nach unserm Landrecht (in Uebereinstimmung mit dem C. c.) die elterliche Gewalt in wesentlichen Rücksichten von der patria potestas des römischen Rechts, —

vergl. Thibaut Lehrb. des fr. Civ.-Rechts in steter Vergleichung mit dem römischen Civ.-Recht (Berlin 1851).

§§. 70 ff. und 122.

Baurittel, Handbuch des badischen bürg. Rechts S. 793 ff. 819 ff.

Derselbe im Archiv für Rechtspflege rc. III. S. 154,

so ist doch so viel als sicher anzunehmen, daß auch nach unserem Civilgesetz, so lange die Ehe dauere, das Administrationsrecht des

L.R.S. 389

als ein Ausfluß der elterlichen (väterlichen) Gewalt zu betrachten ist, welches erst nach der Ehetrennung in das Gebiet der Tutel übergeht.

Zachariä, Hdb. I. §. 99. (3. Aufl.)

L.R.S 390.

Lauckhard, Rechtsfälle I., S. 308.

Auf welche Weise der L.R.S 389 unter das Kapitel über Vormundschaft kam, sagen die Tribunatsverhandlungen zum Entwurfe des C. c.

Siehe die obige Literatur. (Schluß folgt.)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. **No. 38.** **Mannheim,** 20. September **1851.**

I.

1) Das Recht, resp. die Pflicht des Vaters, das Vermögen seiner minderjährigen Kinder zu verwalten, ist Ausfluß der elterlichen Gewalt, woran
2) durch Willensbestimmungen Dritter, sowie auch durch den Verzicht des Vaters nichts geändert werden darf.
3) Eine derartige Willensbestimmung kann für sich allein einem Dritten nicht die Staatsbürgerpflicht schaffen, die Vermögensverwaltung zu übernehmen.

(Schluß.)

Die Stellung des L.R.S. 389 im Gesetzbuch darf nach seiner Geschichte deshalb nicht irre leiten.

Behält man dieses im Auge, und geht man auf den Grund des Gesetzes, wornach das väterliche Verwaltungsrecht (administration)

> „auf der aus der Natur gegriffenen Erfahrung beruht, daß die Eltern die uneigennützigsten Verwalter des Vermögens, die sorgsamsten Besitzer und Rathgeber der Kinder sein werden." —
>
> Archiv für Rechtspflege rc. II. S. 245 (Sander).

so wird man auch über die Streitfrage leicht sich einigen, welche dahin lautet:

> „Ist die Bedingung zulässig, daß dem Vater die Verwaltung eines seinem minderjährigen Kinde ausgesetzten Vermächtnisses nicht zustehen soll?"

Nur dem längstlebenden Elterntheil gibt der L.R.S. 397 das Recht, einen Vormund für seine Kinder zu ernennen, der Vater darf nicht einmal der überlebenden Mutter die Vormundschaft entziehen.

L.R.S. 390, 391.

Wenn demnach eine dritte Person in einer freigebigen Verfügung an die Kinder die Bedingung des Ausschusses der elterlichen Rechte über Person und Vermögen der Kinder gesetzt hat, so ist eine solche Bedingung eine gesetzwidrige und pro non scripta zu achten.

Vergl. Archiv l. c.
Vergl. auch L.R.S. 1388.

Die schätzbare Sammlung von Rechtsfällen, welche Lauckhard zur Erläuterung des franz. Civ.-Rechts mit Rücksicht auf das badische Landrecht seit Jahren uns schenkt, zeigt uns

im Band III. S. 62 ff.

die divergirenden Ansichten der Rechtslehrer und Gerichtshöfe über die berührte Streitfrage.

Mit uns verneint Merlin und Toullier, nach deren Ansicht auch mehrere französische Gerichte erkannten, unbedingt diese Frage. Sie zeigen, wie die Nov. 117 Cap. 1 des römischen Rechts nicht in den Code civil überging, welcher über elterliche Gewalt und Vormundschaft eine ganz neue Gesetzgebung geschaffen habe.

Wäre es die Absicht des Code gewesen, zu gestatten, daß auch dem Vater die administration entzogen werden dürfe, für welche während ihrer Dauer (dur. matr.) ja die Mutter immerhin noch die natürliche Controle führt: so würde es ebenso ausgedrückt worden sein, wie im Art. 417 und 1055 fürsorgende Bestimmungen getroffen wurden.

Gewiß mit Recht erklärt man solche, die Rechte des Vaters beeinträchtigende Willensbestimmungen Dritter dem Geiste des Gesetzes, sowie den guten Sitten zuwider, da sie das Mißtrauen gegen die väterliche Gewalt erwecken

und diese selbst, eine wichtige Grundlage der gesellschaftlichen Ordnung schwächen.

Diametral dagegen ist die Ansicht Bazeille's (traité du mariage t. 2. No. 458), welcher die fragliche Bedingung für unbedingt zulässig erachtet.

Die in Lauckhard's Rechtsfälle (l. c.) mitgetheilte Entscheidung des Caff.-Hofs, welche diese die Streitfrage bejahende Ansicht vertrete, bezieht sich aber nach dem reservirten Inhalte der Entscheidung nicht streng auf unsern Fall, denn es wird ja gerade das Gesuch deßhalb zugleich verworfen, weil der Art 389 nicht verletzt sei, da die Ehe des Klägers schon längst durch den Tod seiner Ehefrau aufgelöst war.

Die mittlere Meinung, welche Zachariä mit Proudhon und Duranton

f. Lauckhard l. c. S. 67

vertheidigt, spricht aus: die Bedingung, daß dem Vater die Verwaltung eines seinen minderjährigen Kindern ausgesetzten Vermächtnisses nicht zustehen soll, sei weder unbedingt zulässig noch unbedingt unzulässig, sondern es komme auf die einzelnen Umstände des einzelnen Falles an.

Allein diese Ansicht geht in ihrer Auseinandersetzung von der wohl unrichtigen Unterstellung aus, als müsse das Administrationsrecht des Vaters nach L.R.S. 389 aus dem Institut der Vormundschaft erklärt werden, statt daß die Vormundschaft in ihren Rechten und Pflichten vielmehr in den Attributen der elterlichen Gewalt ihre erste Erklärungsquelle zu finden hat.

Mit Unrecht wird gewiß gesagt:

„Das Wesen der väterlichen Gewalt bestehe in der schützenden Fürsorge für die Person dieser Kinder und diese könne dem Vater durch eine testamentarische Verfügung nicht entzogen werden; als Verwalter des seinen minderjährigen Kindern angefallenen Vermögens vertrete aber der Vater die Stelle eines Vormunds, und dieses Administrationsrecht könne ihm ebenso wie dem Vormund wegen notorisch schlechter Aufführung, wegen bewiesener Unfähigkeit oder Untreue entzogen werden; unter denselben Voraussetzungen müsse daher auch die Bedingung erlaubt sein, daß dem Vater die Verwaltung eines seinen minderjährigen Kindern ausgesetzten Vermächtnisses nicht zustehen soll."

Die elterliche Gewalt begreift nicht nur die Sorge für die Person des Kindes (Direktionsrecht über die Handlungen der Kinder, Correktionsrecht über die Kinder, L.R.S. 373 und 74, 376—83, wie Baurittel Handb. S. 795 es ausdrückt, welches Thibaut kürzer als „Erziehungsgewalt" bezeichnet, Thibaut's Lehrb. des franz. Civ. Rechts rc. S. 169), sondern auch die Rechte in Betreff des Vermögens des Kindes, Verwaltung und Nießbrauch. (Nutznießung.)

L.R.S. 384—87, 389.

Allerdings ist und muß als Grundmaxime gelten, was bei der Redaction des Code als Tendenz angekündigt wurde, daß das Institut der elterlichen Gewalt im Ganzen, wenn auch dadurch das elterliche Ansehen zu befestigen sei, doch vorzüglich das Interesse der Kinder im Auge zu behalten habe.

Damit wurde das Institut dem germanischen Rechte näher gebracht. Aus diesem Grundsatze läßt es sich dann wohl auch erklären, daß es dazu kommen könne, einem Vater wegen notorisch schlechter und unordentlicher Lebensweise die Verwaltung des Vermögens zu **entziehen.**

Vergl. Baurittel Hdb. S. 794, 820, 823.

Archiv für Rechtspflege III. S. 154, 156.

Kann ja doch z. B. den Verschwendern überhaupt sogar die Dispositionsbefugniß über ihr eigenes Vermögen beschränkt werden!

L.R.S. 513.

Ist schon nach dem französischen Rechte es gerechtfertigt, dem Vater wegen Verschwendung rc., nach Analogie des Art. 444 die Vermögensverwaltung zu entziehen,

vergl. Lauckhard's Rechtsfälle III. S. 71 ff.

so ist eine solche Entziehung nach unserm badischen Civil-Recht noch mehr gerechtfertigt, da bei uns in Rücksicht der Bestimmungen über die elterliche Gewalt und das Vormundschaftswesen nur polizeiliches Verfahren statt hat.

Vergl. II. Einf.Ed. §. 15, 5, 14, 16 ff.

Jahrbücher des O.H.G. V. S. 160, 344.

Bei uns herrscht das Institut der Waisengerichte, deren Pflicht sich auf das Vermögen von Minderjährigen, Abwesenden und Entwürdigten schon im Allgemeinen bezieht.

Vergl. Reggsbl. 1810. No. 18 (§. 5, 6, 10).

Die Obsorge, welche schon der französische Gesetzgeber dem minderjährigen Alter bei den Capiteln über Ehe, Ehescheidung, elterliche Gewalt rc. auf civilrecht-

lichem Boden schenkte, ist nach unserm badischen Rechte noch vermehrt durch die erklärte polizeiliche Natur der Institute. *)

Aber immerhin ist es nicht in die Willensbestimmung eines jeden Dritten gesetzt, die Vermögensverwaltung dem ehelichen Vater zu entziehen, sondern diese Entziehung kann nur durch die betreffenden Behörden beschlossen werden.

Nicht weil ein Dritter die Bedingung machte, dem Vater die Administration zu entziehen, muß ein Vermögensverwalter, ein Vormund (ein Nebenvormund analog L.R.S. 417) aufgestellt werden, sondern nur wenn Gründe vorliegen, welche die Obervormundschaft bestimmen, dem Vater die Verwaltung zu entziehen.

Die Entziehung der Verwaltung ist also unter gewissen Voraussetzungen erlaubt, nie aber die fragliche Bedingung eines Dritten zulässig.

Hieraus folgt, wann die Verpflichtung einer Person eintritt, das Amt der Vermögensverwaltung als Vormund zu übernehmen, obschon die Eltern des Minorennen noch leben.

Wenn nämlich die väterliche (elterliche) Gewalt nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten für ihre Träger in sich enthält,

vrgl. Zachariä Hdb. III. S. 294 (3. Aufl.)

so wird man wohl nach allgemeinen juristischen Grundsätzen nicht sagen können, daß der Vater, welcher auf das ihm nach L.R.S. 389 zustehende Recht (beziehungsweise die Pflicht) verzichten will, dadurch einem Dritten eine staatsbürgerliche Pflicht zur Uebernahme der Vormundschaft schaffen könne.

Vergl. Thibaut Pandekten-Syst. §. 74. (7. Aufl.)

Adv. Rée.

---

*) Beachtenswerth ist, daß nicht einmal den Minorennen, deren Vermögen während der Ehe von ihrem Vater verwaltet wird, zur Sicherung ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen des Vaters zusteht.

Lauckhard I. S. 305.

Archiv I. S. 368.

O.H.J. n. F. I. S. 42.

Annalen I. S. 207. D. G.

II.

Entschädigung bei Käufen.

Annalen 1844, S. 293—300.
Jahrbücher n. F. XI. 388.

Fr. Bensinger in Mannheim verkaufte an W. Bodenheimer in Diersburg siebzig Säcke Waizen, alsbald in Kehl zu liefern. Bald darauf theilte er ihm auch mit, daß der Waizen zur Ablieferung bereit sei, und forderte ihn auf, denselben in Empfang zu nehmen. Da aber der Käufer sich nicht hiezu meldete, ließ der Verkäufer ihn durch den Notär wiederholt auffordern, und da auch diese Mahnung ohne Erfolg blieb, auf Auflösung des Kaufs und Schadenersatz, vorbehaltlich der Liquidation, klagen. Diese Klage wurde in erster Instanz als in Rechten nicht begründet abgewiesen, weil der Kläger durch Anstellung der Auflösungsklage selbst den Schaden herbeigeführt habe, den er bei Anstellung der Klage auf Erfüllung nicht gehabt hätte. Es wurde sich dabei auf die oberhofgerichtlichen Jahrbücher neue Folge, 5. Band S. 150 und ff., bezogen, und mehrere andere der dort angeführten Gründe wiederholt.

Während der bei dem Hofgericht, in Folge der vom Kläger ergriffenen Appellation, statthabenden Verhandlung kam ein Vergleich unter den Partheien zu Stande; dieser wurde aber nicht dem Gerichtshof angezeigt, sondern der Beklagte schützte die Einrede der Zahlung als neue Thatsache vor, indem er unter Vorlage der betr. Urkunden nachwies, daß er die im Vergleichsweg überein gekommenen Summe bezahlt habe. Das Hofgericht ließ sich aber nicht auf diese neue Behauptung ein, sondern bestätigte das unterrichterliche Erkenntniß aus dem Grund, weil keine Thatsachen vorgetragen seien, aus welchen hervorgehe, daß Kläger einen Schaden erlitten habe, indem dazu die vereinzelte Anführung, daß der Waizen im Preis gefallen sei, nicht hinreiche. Aus diesem Entscheidungsgrund läßt sich entnehmen, daß das Hofgericht die von dem Richter erster Instanz entwickelte Ansicht nicht theilte, da dasselbe die Klage für begründet gehalten hätte, wenn die Ursachen der Beschädigung des Klägers vollständiger angeführt worden wären.

Auf ergriffene Oberberufung wurden, ebenfalls ohne Rücksicht auf den in der Mitte liegenden Vergleich, die unterrichterlichen Urtheile lediglich bestätigt, aus folgenden Gründen:

Die erhobene Vertrags- Auflösungs- und Entschä-

digungsklage ist in Rechten nicht begründet. Nach L.R.S. 1657 gibt ein Kauf über Lebensmittel und Fahrniß aller Art, welche in der bedungenen Zeit (im vorliegenden Fall wurde alsbaldige Lieferung bedungen), von dem Käufer nicht in Empfang genommen wird, zum Vortheil des Verkäufers kraft Gesetzes, auch ohne Aufruf zum Empfang, für aufgelöst. Hieraus folgt:

1) daß es von Seite des Verkäufers der Klage auf Vertragsauflösung wegen Nichterfüllung gar nicht bedarf, vielmehr dadurch, daß der Verkäufer, welchem der Gesetzgeber die Wahl zwischen der Klage auf Erfüllung und der Auflösung gegeben hat, sich für die letztere entschied, der Vertrag schon als aufgelöst erscheint.
   Brauers Erläuterungen Band III. S 540.
2) Entschädigung hat Kläger nicht anzusprechen, weil der L.R.S. 1657 dem Verkäufer, welcher sich für die Auflösung entscheidet, eine solche nicht einräumt. Es beruht dies auf dem ganz natürlichen Grunde, weil hier der etwaige Schaden als die unmittelbare und natürliche Folge der eigenen Handlung und Unterlassung des Verkäufers erscheint, und nicht wie im Falle des L.R.S. 1184 als die Folge des Verzugs des Käufers. Hier (S. 1184) ist der Verkäufer, bis der Richter die Auflösung ausgesprochen hat, an den Vertrag gebunden, er kann also über den Kaufgegenstand nicht weiter verfügen; es ist deßfalls auch billig und gerecht, daß der Käufer, im Fall der Auflösungsklage Statt gegeben wird, den Verkäufer entschädige, indem er zufolge des Urtheils es ist, welcher durch rechtswidrigen Verzug den Verkäufer in die Lage versetzte, daß er weder des Genusses des Kaufpreises, noch der freien Verfügungsgewalt hinsichtlich des Kaufobjekts sich erfreute. Es ist auch nicht unbillig, daß in diesem Falle bei vorsätzlicher Beschädigung der Gesetzgeber unterstellt, daß der Verkäufer, hätte er das Kaufobjekt weiter veräußern können, dazu den günstigsten Zeitpunkt gewählt haben würde.
   L.R.Z.S. 1151a.

Anders verhält es sich im Falle des S. 1657: wo es in das Belieben des Verkäufers gestellt ist, die Erfüllung zu verlangen, oder den Vertrag sogleich nach der zur Erfüllung bestimmten Zeit als aufgelöst zu betrachten, und die Sache zu jedem Zeitpunkte weiter zu verkaufen. Ist das Objekt zur Erfüllungszeit im Preis gesunken, so wird er auf Erfüllung klagen, andernfalls wird er die Auflösung des Vertrags vorziehen. Hat er sich aber einmal für diese letztere entschieden, wie der Kläger gethan, so ist es seine Sache, durch die Wahl des günstigsten Moments sich gegen Schaden zu wahren, und seine Schuld ist es alsdann, wenn er durch Versäumung des rechten Zeitpunkts sich Schaden zuzog, d. i. einen geringern Werth erzielte.

Der Schaden ist hier offenbar die unmittelbare und natürliche Folge des Vorziehens der Auflösung und des Nichtverkaufs zur günstigen Zeit. Wenn man in diesem Handeln und Unterlassen des Verkäufers auch nur eine Mitursache (Verschulden) fände, so würde dies der Entschädigungsforderung schon im Wege stehen.

L.R.Z.S. 1148a.
Vrgl. Jahrbücher des Oberhofgerichts Band V. S. 156 ff.
Annalen VIII. S. 152.

Ist hiernach die Entschädigungsklage überhaupt unbegründet, so kann auch von dem aus L.R.S. 1151a. entnommenen Maaßstaab der Klage weiter keine Frage sein und es kommt auch auf die in zweiter Instanz vorgebrachte Einrede des Vergleichs nicht mehr an. Kläger ist, dem bisherigen zufolge, durch die abweislichen Erkenntnisse der vordern Instanze nicht beschwert, weßhalb unter Verfällung desselben auch in die Kosten dieser Instanz bestätigend erkannt wurde.

§. 169 Pr.O.

Diese Entscheidung halte ich nicht für gerechtfertigt — vielmehr sehe ich in den hier aufgestellten Grundsätzen überhaupt eine große Gefahr für den Handel und Wandel, für Treue und Glauben. Es ist eine mir stets räthselhafte Erscheinung, warum Juristen, und gerade solche, die sich durch Scharfsinn und Gelehrsamkeit auszeichnen, häufig bestrebt sind, dem Gesetz eine solche Seite abzugewinnen, die Recht in Unrecht, dagegen Unrecht in Recht verwandelt. Wir müssen doch wohl unterstellen, der Gesetzgeber habe im Allgemeinen beabsichtigt, das materielle Recht in seinen Gesetzen zur Geltung zu bringen — demnach muß die erste, wichtigste und entscheidendste Regel der Auslegung die sein, das geschriebene Gesetz mit dem materiellen Recht in Einklang zu bringen und eine Abweichung nur da anzunehmen, wo besondere Gründe hie-

für vorliegen. In dem oben erzählten Fall wird Niemand darüber einen Zweifel hegen, wer materiell im Rechte war (wobei ich von dem Vergleich absehe, weil dieser in den Entscheidungsgründen überhaupt nicht beachtet wurde). Alle Richter werden zugeben, daß Jedermann einen Vertrag, den er eingegangen hat, auch halten muß; daß, wenn er ihn nicht hält, er zur Entschädigung verpflichtet ist; daß daher die Klage des redlichen Contrahenten gegen den wortbrüchigen auf Entschädigung wegen Nichterfüllung nicht allein nach unserm Gesetzbuch, sondern nach allen Gesetzbüchern der Welt begründet sein muß. Nun wurde aber in drei Instanzen das Gegentheil ausgesprochen, man müßte daher in der That annehmen, unser Gesetz enthalte hier eine Lücke, oder eine schlechte Redaktion, oder eine absichtliche Abweichung von dem, was natürlich Rechtens ist. Gleichwohl ist das alles nicht der Fall — das Gesetz stellt in Art. 1184 den ganz allgemeinen Grundsatz auf, man könne wegen Nichterfüllung eines doppelseitigen Vertrags dessen Vollzug oder Auflösung und Entschädigung begehren.

Deutlicher konnte der Gesetzgeber sich nicht aussprechen. Zu allem Ueberfluß hat er bei dem Kauf die allgemeine Regel wiederholt, und in den Art. 1610 und 1611 für den Fall, wenn der Verkäufer nicht erfüllt, dem Käufer das Recht gegeben, Aufhebung des Kaufs oder Einsetzung in den Besitz und in beiden Fällen Entschädigung zu begehren. Ebenso hat er in Art. 1654 für den Fall der Nichterfüllung von Seiten des Käufers den Verkäufer für berechtigt erklärt, den Kauf aufzuheben; le vendeur peut demander la résolution de la vente, sagt der französische Text. Dieser Artikel wiederholt nur mangelhaft die allgemeine Regel des Art. 1184, indem er weder der Erfüllungsklage noch der Entschädigung gedenkt. Es wäre daher besser gewesen, die Wiederholung ganz zu vermeiden, statt durch Unvollständigkeit Anlaß zu Zweifeln und Skrupeln zu geben. Aber so viel mir bekannt, hat doch kein namhafter Schriftsteller aus diesem Schweigen den Schluß gezogen, der Verkäufer könne nicht auf Erfüllung oder nicht auf Entschädigung klagen. Die Prozeßordnung hat in den §§. 1063—67 eine Anwendung dieser allgemeinen Regel gemacht: Wer bei einer Zwangsversteigerung Etwas kauft, aber nicht bezahlt, hat zu erwarten, daß das gekaufte Objekt einer zweiten Versteigerung ausgesetzt, und der Mindererlös von ihm beigetrieben wird. Was so sehr in der Natur der Sache, wie in Recht und Billigkeit begründet ist, sollte doch keinem Zweifel unterliegen. Unglücklicher Weise hat der höchste Gerichtshof früher ein Präjudiz aufgestellt, auf das, wie man aus obigem Fall ersieht, die Untergerichte hie und da zurückkommen, weßhalb zu erwarten gewesen wäre, der höchste Gerichtshof würde die erste Gelegenheit ergreifen, jene Theorie zurückzunehmen und als irrthümlich zu widerrufen. Statt dessen haben wir ein neues Urtheil, welches zwar nicht so weit geht, wie das frühere, aber immerhin den wortbrüchigen Contrahenten auf Kosten des ehrlichen in Schutz nimmt. In den Annalen von 1840, S. 151 und 152 wird ein Urtheil des Hofgerichts des Unterrheinkreises mitgetheilt, worin erkannt wurde, der Verkäufer, welcher von dem in Art. 1657 ihm gegebenen Recht der Aufhebung des Kaufs Gebrauch mache, könne nicht außerdem noch Entschädigung begehren; jetzt wird dagegen von dem höchsten Gerichtshof entschieden, eine Entschädigung könne auch dann nicht begehrt werden, wenn der Verkäufer von dem ihm im Art 1657 verliehenen Rechte zwar keinen Gebrauch gemacht habe, aber doch hätte Gebrauch machen können. Die letztere Ansicht ist offenbar exorbitant und dem klaren Buchstaben des Art 1184 widersprechend. Ja der ganze Inhalt der Entscheidungsgründe kann gegen die Entscheidung gekehrt werden.

Wenn nämlich der Verkäufer auch das Recht hat, den Kauf in Gemäßheit des Art. 1657 aufzuheben, so muß er nicht von diesem Rechte Gebrauch machen — er kann vielmehr auf Erfüllung oder auf Auflösung und Entschädigung klagen. Art. 1184. Wenn er nun den Weg einhalten darf, welchen der Art. 1184 für alle zweiseitigen Verträge offen läßt, so schlagen auch alle Argumente an, welche in den oben mitgetheilten Entscheidungsgründen für die Zulässigkeit der Entschädigung in diesem Fall angeführt sind.

Ich halte aber auch die ganze Argumentation der oben mitgetheilten Entscheidungsgründe für unrichtig. Sie geht nämlich davon aus, daß ein Schaden-Ersatz da gerechtfertigt sei, wo die Vertragsauflösung erst durch den Richter ausgesprochen werde, weil der Verkäufer während des Prozesses nicht über das Objekt verfügen könne, also dieses sowohl wie den Preis entbehre; wo aber der Verkäufer in Folge des Art. 1657 den Vertrag ohne Dazwischenkunft des Richters auflösen könne, entstehe kein solcher Schaden, folglich finde auch keine Ersatzklage statt. Hierbei ist nur unberücksichtigt gelassen, daß am Tag, der zur Erfüllung des Kaufs bestimmt war, schon ein großer Schaden vorhanden sein kann, und gewöhnlich auch vor-

handen ist. Denn der Käufer wird nur in solchen Fällen nicht beziehen, wenn die Preise zu seinem Nachtheil stehen, d. h. gesunken sind. In diesem Fall, sagen die Entscheidungsgründe, wird der Verkäufer auf Erfüllung klagen, dann hat er ja keinen Schaden! Aber der Verkäufer, welcher auf Erfüllung klagt, entbehrt während des Prozesses den Kaufpreis, und kann dennoch nicht über die Sache verfügen. Und gerade dieser Umstand ist in den Entscheidungsgründen selbst als ein Motiv angegeben, aus welchem Schadenersatz begehrt werden kann! Unsere Gesetze haben in Art. 1153 bestimmt, daß für *diesen* Schaden nur die gesetzlichen Zinsen gefordert werden können. Der Verkäufer muß eben darum mit sich zu Rath gehen, ob diese Zinsen ihm ein Aequivalent für die Entbehrung des Kaufpreises sind. Wo dieses nicht der Fall ist, leidet er einen Schaden, dem er mittels der Erfüllungsklage *nicht* abhelfen kann, weßhalb er in der Lage ist, zu dem andern, von den Gesetzen ihm vorbehaltenen Mittel, zur Auflösung nebst Entschädigung zu greifen. *)

*) Der L.R.S. 1657 dispensirt den Verkäufer — gegen die Regel des L.R.S. 1184 — für den Fall, daß der Käufer die gekauften Lebensmittel und Fahrnisse zur bedungenen Zeit nicht in Empfang nimmt, von der sonst bei doppelseitigen Verträgen (wegen Nichterfüllung des einen Contrahenten) erforderlichen Auflösungsklage, indem er den Kauf *zum Vortheil des Verkaufes*, selbst ohne vorgängige Mahnung des Käufers, schon *kraft Gesetzes*, als aufgelöst erklärt.

Daraus folgt, daß die Auflösungsklage *wegen Mangels eines Gegenstandes* nicht Statt findet. Der Entschädigungsanspruch fällt von selbst hinweg, weil solcher nicht für sich besteht, sondern nach L.R.S. 1184 nur ein *Accessorium* der Auflösungsklage bildet. Accessorium sequitur suum principale.

Dadurch wird aber der Verkäufer nichts weniger als rechtlos, wie leicht darzuthun ist.

Bei einem Handel der fraglichen Art sind drei Eventualitäten denkbar. Entweder ist nämlich am Lieferungstag das verkaufte Objekt im Preise gestiegen oder gefallen oder gleich geblieben.

Im ersten Falle ist der Verkäufer durch die kraft Gesetzes eintretende Auflösung des Vertrags offenbar begünstigt, weil er die ihm gebliebene Sache zu einem höhern Preise verwerthen kann, ohne den Gewinn mit dem ersten Käufer theilen zu müssen.

Im zweiten und dritten Falle steht dem Verkäufer die Erfüllungsklage zu Gebot, um den Käufer zur Zahlung des bedungenen Preises *sammt Interessen* zu zwingen. Auf diesem Wege erreicht also der Verkäufer alles, was ihm *von Rechtswegen* gebührt. Von einer *weiteren, rechtlich verfolgbaren* Entschädigung kann überall nicht die Rede sein.

Wenn nun der Verkäufer, statt das rechte Mittel zu wählen, einen ungeschickten Prozeß anfängt, so berührt dies den Käufer nicht, weil das Gesetz für einen selbstverschuldeten Schaden keinen Ersatz gewährt. D. R.

Außerdem ist aber auch in vielen Fällen der Verkäufer gar nicht in der Lage, den Kaufpreis entbehren zu können, er hat z. B. um dieselbe Zeit Verbindlichkeiten zu erfüllen, für welche er den Kaufpreis bestimmt hat, und besitzt sonst keine Mittel, diesen Verbindlichkeiten zu genügen. Er kann z. B. Wechsel acceptirt haben, die er um diese Zeit zahlen muß, zahlt er nicht, so wird protestirt, und er für insolvent erklärt. Art. 208 des Handelsgesetzbuches. Die Theorie des höchsten Gerichtshofs setzt den ehrlichen Verkäufer daher in die Lage, entweder auf den Schadenersatz zu verzichten, oder sich insolvent zu erklären. Diese Auslegung des Gesetzes liegt gewiß nicht im Geist und in der Absicht des Gesetzgebers, der im Art. 1657 dem ehrlichen Contrahenten zu Hülfe kommen und ihn im Vergleich zu Art. 1184 besser stellen wollte. Schon dieser letzte Artikel geht von dem Gesichtspunkte aus, denjenigen, der den Vertrag erfüllen will, zu begünstigen, und läßt ihm daher die Wahl, je nach seiner Convenienz Erfüllung *oder* Auflösung nebst Entschädigung zu begehren. Die in den oberhofger. Jahrbüchern V. 156 mitgetheilte Entscheidung hat schon diese Begünstigung zu Nichte gemacht, insofern dort die Ansicht aufgestellt wird, der Verkäufer, der die Auflösungsklage wähle, führe selbst den Schaden herbei, weil er keinen Schaden gehabt hätte, wenn er die Erfüllungsklage gewählt hätte. Offenbar ist hier dem ehrlichen Contrahenten die von dem Gesetzgeber ihm offen gelassene Wahl aufgehoben; denn er verliert die Entschädigung, wenn er die Auflösungsklage wählt. Diese Ansicht läßt sich daher nicht einmal mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinigen.

In den oben angeführten Entscheidungsgründen scheint man diese Ansicht aufgegeben zu haben; denn man argumentirt ja, daß im Fall des Art. 1184 dem, der auf Auflösung klagt, die Entschädigung darum gebühre, weil er während des Prozesses das Kaufobjekt und den Kaufpreis entbehre. Jetzt besteht man nur noch darauf, daß der Verkäufer nicht neben dem Recht, den Kauf ohne Dazwischenkunft des Richters aufzuheben, auch noch Entschädigung verlangen könne. Warum? In den Annalen von 1840 S. 152 wird dafür angeführt, daß Art. 1657 einer Entschädigung gar nicht erwähne. Aber Art. 1654 erwähnt auch nicht der Entschädigung, ist sie darum ausgeschlossen? Gewiß nicht.

Noch ein anderer Grund wird dort angeführt: „die Empfangnahme der Waare sei keine Verpflichtung des Käufers, vielmehr ein Recht desselben, der Verkäufer sei

ihm zur Lieferung, er dagegen nur zur Zahlung verbunden. — Der Art. 1657 statuire daher die Auflösung für den Fall, wenn Jemand von seinem Rechte keinen Gebrauch mache, mithin für einen ganz singulären Fall, der nicht unter den Art. 1184 passe." Wenn man den Art. 1657 so versteht, dann hätte der Gesetzgeber allerdings etwas Singuläres oder auch ganz Unbegreifliches statuirt. Sobald der Käufer den Kaufpreis bezahlt hat, ist der Bezug der Waare sein Recht. — Der Verkäufer, welcher die Zahlung erhalten hat, hat kein anderes Interesse, die Empfangnahme zu verlangen, als weil er der custodia, welche ihm nach Art. 1136 obliegt, enthoben sein, oder den Raum, den die verkaufte Sache einnimmt, anderwärts benutzen will, dazu genügt das Verfahren, welches die Art. 1257—64 für die Hinterlegung vorschreiben. Sollen wir nun annehmen, der Gesetzgeber habe ihn dennoch berechtigt, einen Kauf ohne richterliche Dazwischenkunft aufzuheben, wenn auch der Kaufpreis bezahlt ist, aber der Käufer die erkaufte Sache nicht zur bestimmten Zeit abgeholt hat, während er, wenn der Kaufpreis nicht bezahlt ist, nach Art. 1654 nur eine Klage auf Aufhebung des Kaufs anstellen könnte? Mir scheint, man könne unmöglich dem Gesetzgeber solchen Widersinn unterstellen, vielmehr müsse man den Art. 1657 dahin verstehen, daß der Verkäufer von Fahrnissen den Kauf nur dann aufheben könne, wenn der Käufer nicht zur bedungenen Zeit den Kauf vollzieht, d. h. gegen Empfangnahme der verkauften Sache den Kaufpreis bezahlt. Bei Mobilien wird nämlich der gewöhnliche Fall vorausgesetzt, daß Uebergabe und Zahlung gleichzeitig geschehen, wenn aber Uebergabe und Zahlung nach den besondern Verabredungen nicht gleichzeitig zu geschehen haben, so dürfte Art. 1657 gar nicht anwendbar sein.

Es sind hierbei zwei Fälle möglich: Der Kaufpreis kann im Voraus bezahlt sein, dann kann der Verkäufer den Kauf nicht aufheben, wenn auch der Käufer die Waare nicht zur bestimmten Zeit abholt, vielmehr kann er nur die verkaufte Sache deponiren, oder der Kaufpreis soll zu einer spätern Zeit bezahlt werden, als die Uebergabe der verkauften Sache zu geschehen hat; in diesem Fall, sagt Duranton, 16r Bd., No. 382 (belg. Ausgabe 9e Bd., S. 143), verliert der Käufer sein Recht zum Bezug der Sache nicht schon dadurch, daß er diese nicht an dem bestimmten Tag in Empfang nimmt, vielmehr kann er die Sache abholen, so lange die Frist für die Zahlung läuft; denn bis dahin hat der Verkäufer keinen Grund, sich zu beschweren. Erst wenn diese Frist umläuft, ohne daß die Zahlung erfolgt, kann der Verkäufer den Kauf aufheben. So Duranton. Gerade aus dieser Stelle ersieht man, daß dieser Schriftsteller den Art. 1657 nicht so versteht, wie der Verfasser des Aufsatzes in den Annalen von 1840, S. 152: „Le vendeur, toujours nanti, n'a „point à se pleindre, tant que le terme de payement „n'est pas échu.“ Auch andere bekannte Schriftsteller scheinen den Art. 1657 nicht anders aufzufassen. So z. B. sagt Troplong, de la vente in den Bemerkungen zu diesem Art., No. 677: La raison de cette résolution, opérée de plein droit et sans le ministère des tribunaux, vient de ce que la vente n'a pas été exécutée, qu'ainsi l'intervention de la justice n'est pas nécessaire, pour remettre les choses, où elles étaient avant la vente, puisqu'elles n'ont point changé de situation. Ferner No. 681: Dans le cas où le vendeur n'insisterait pas sur la résolution et préférerait le maintien du contrat, il pourra obtenir de la justice, que l'objet vendu se mis en dépôt. Art. 1264. Cela fait, il poursuivra son payement par les voies ordinaires.

Auch die Gründe, welche der Berichterstatter Portalis für diesen Artikel anführte, lassen erkennen, daß man dem Verkäufer nur darum das Recht zur Aufhebung des Kaufs ohne Dazwischenkunft des Gerichts einräumen wollte, damit er nicht während des Prozesses dem Wechsel der Preise ausgesetzt sei. Bei Liegenschaften tritt dieser Wechsel nicht so schnell ein, sagt der Berichterstatter, daher ist für diese eine solche Bestimmung nicht nothwendig. Vergl. Locré tome 7, pag. 38 (édition Tarlier.) Hieraus geht doch wohl unzweifelhaft hervor, daß man die Aufhebung des Kaufs nur wegen Nichtzahlung des Preises gestatten wollte, und daß es lediglich ein Euphemismus ist, wenn man in dem Art. 1657 statt dieser Worte einen anderen Ausdruck wählte. Steht aber einmal fest, daß dieser Artikel nur da anwendbar ist, wo der Käufer seiner Hauptverbindlichkeit (Art. 1650) nicht genügt, so wird man auch nicht länger im Zweifel darüber sein, daß dem Verkäufer neben der Aufhebung des Kaufs auch die Entschädigung gebührt. Denn diese ist durch Art. 1184 für alle zweiseitigen Verträge festgesetzt, wenn ein Theil nicht erfüllt. Außerdem sagt Art. 1142: jede unerfüllte Verbindlichkeit, etwas zu thun, löst sich in die Schuldigkeit auf, zu entschädigen. Troplong, de la vente No. 94 sagt: Le mesurage, le comptage et le

pesage doivent être faits dans le tems déterminé par la convention, si non, on appliquera les règles, que nous exposerons plus tard, en commentant l'art. 1657. L'acheteur, en retard de faire opérer le retirement, doit être puni par la résolution de la vente, qui a lieu de plein droit et sans sommation — si la convention est muette, on procèdera d'après les principes exposés aux Nr. 668, 679, 681 et l'acheteur pourra être condamné à des dommages et intérêts. Vergl. auch No. 681.

Man wird zugeben, daß diese Ansicht allein der Gerechtigkeit sowohl wie der Absicht des Gesetzgebers entspricht. Dieser wollte den Verkäufer von Fahrnissen gegen den im Lauf eines Prozesses möglichen Wechsel der Preise sichern, hätte er ihm nun nur das Recht der freien Verfügung über das verkaufte Objekt, das der Käufer zu empfangen und zu zahlen verweigerte, nicht aber das Recht, den Ersatz des bereits erlittenen Schadens zu verlangen, gegeben, so wäre dem Verkäufer anderwärts wieder entzogen, was ihm hier bewilligt wurde. Er würde gegen einen künftigen Verlust sicher gestellt, unter der Bedingung, daß er auf den bereits erlittenen Verlust verzichtet. Der Gesetzgeber würde ihn daher nicht eigentlich besser, sondern nur anders gestellt haben, als jeden Contrahenten, der im Fall ist, aus Art. 1184 klagen zu müssen.

Wollte er ihm wirklich helfen, so mußte er ihm gestatten, den am Tag der Erfüllung bereits vorhandenen Verlust zu reklamiren, und jedem künftigen Verlust durch Aufhebung des Kaufs vorzubeugen. Das entspricht auch allein der Gerechtigkeit. Wer einen Vertrag nicht erfüllt, macht sich einer unrechten That schuldig, muß daher allen Schaden vergüten, den er seinem Mitcontrahenten zufügt. Er ist ganz nach den Grundsätzen, welche die Art. 1382 und 83 aufstellen, zu behandeln. Dieser Gedanke liegt wohl auch dem Art. 1142 und 1184 zu Grunde. Wenn nun am Tag, da die Erfüllung zu geschehen hat, schon ein Verlust für den Verkäufer dadurch entstanden ist, daß der Käufer, statt den Preis zu zahlen, dem Verkäufer den im Werth gesunkenen Kaufgegenstand überläßt, so wird Jedermann zugeben, daß er zunächst verbunden ist, diesen Schaden dem Verkäufer zu ersetzen. Hätten wir nun solche Einrichtungen, wonach es möglich wäre, am nemlichen Tag, da die Erfüllung hätte geschehen sollen, ein endgültiges Urtheil über die Vertrags-Auflösung und über den Schadenersatz zu erlangen, so würde Niemand bezweifeln, daß der Verkäufer, dessen Schaden durch das Urtheil festgestellt ist, sofort über das Object verfügen könnte. Fehlen uns nun aber dergleichen Einrichtungen, so sollte der hieraus entspringende Nachtheil nicht den ehrlichen, sondern den wortbrüchigen Contrahenten treffen. Es wäre daher überhaupt der Gerechtigkeit entsprechender gewesen, die Auflösung wegen Nichterfüllung des Vertrags nicht vom Richterspruch abhängig zu machen, vielmehr die Vorschrift des Art 1657 zu verallgemeinern, schon deßwegen, weil derjenige, welcher nicht erfüllt, die Erklärung abgibt, daß er seinerseits den Vertrag aufhebt, wonach der andere Theil nur noch seine Einwilligung zu dieser Aufhebung des Vertrags — vorbehaltlich der Entschädigung für den bereits erlittenen Verlust — abzugeben hätte. Wenn nun aber unser Gesetzbuch die Auflösung durch den Richter ausgesprochen wissen will, so mußte es Vorsorge für den Ersatz desjenigen Schadens treffen, der während der Dauer des Prozesses noch weiter entstehen kann. Hiefür ist der Art. 1151 a. bestimmt, wonach im Fall vorsätzlicher Nichterfüllung der höchste laufende Werth, in der ganzen Zwischenzeit, der Schaden-Berechnung zu Grund gelegt werden darf. Der zu ersetzende Schaden wird hierdurch offenbar viel größer, als wenn nur der Verlust bis zum Erfüllungstag zu ersetzen wäre, woraus hervorgeht, daß es sogar im Interesse des nicht erfüllenden Contrahenten läge, wenn der andere überhaupt berechtigt wäre, an diesem Tag über das Objekt zu verfügen und dagegen auch nur den Verlust bis zu diesem Tag zu berechnen.

(Schluß folgt.)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. **No. 39.** Mannheim, 27. September **1851.**

I.

Entschädigung bei Käufen.

(Schluß.)

Man denke nur, wie groß bei verschiedenen Waaren die Preisveränderungen in 2 bis 3 Jahren (so lange dauert doch wohl ein Proceß) gewöhnlich sind. Es scheint hiernach, daß die Ausnahmsbestimmung des Art. 1657 mehr dem gemeinen Recht entspricht, als die in Art. 1184 enthaltene allgemeine Regel. Auch sagt Thibaut in seinem System des Pandektenrechts, §. 103, sub. No. 5, der Gläubiger könne von einem Vertrage ganz abgeben, wenn ihm derselbe durch den Verzug des Schuldners unnütz geworden ist. Für diese Ansicht läßt sich l. 1, §. 3, D. de periculo et commodo rei venditæ (186) anführen, wo Ulpian sagt: „Der Verkäufer kann, wenn der „Käufer an dem verabredeten Tag sich nicht zur Empfang„nahme des verkauften Weins einstellt, diesen laufen las„sen, vorausgesetzt, daß er den Käufer vorher zur Em„pfangnahme aufgefordert hat. Läßt er aber, wiewohl er „es konnte, den Wein nicht laufen, so ist er nur zu loben; „er kann deshalb die Miethe für die Fässer vom Käufer „ansprechen, und braucht den Wein nicht abzuliefern, bis „ihm diese bezahlt ist. Oder er kann auch den Wein „in gutem Glauben verkaufen, wobei er sich, so„weit er es ohne Unbequemlichkeit thun kann, Mühe geben „soll, den Verkauf so vortheilhaft wie möglich für den „Käufer zu bewirken."

Troplong bemerkt hiezu, dieser Gebrauch, den Wein laufen zu lassen, wenn ihn der Käufer nicht in Empfang nimmt, sey in neuerer Zeit abgeschafft, (De la Vente No. 94.) Dieser Schriftsteller führt in demselben Werke No. 678 die verschiedenen Coutumes von Frankreich an, z. B. die von Auxerre, Art. 141, welche folgendes bestimmt habe:

> Le vendeur de vin n'est tenu de les garder plus de vingt jours à compter du jour de l'achat, s'il ne lui plait ..... et peut le vendeur, sans autre sommation, vendre à d'autres, sauf son recours pour dommages et intérêts.

Hier ist also die Bestimmung des Art. 1657 als gemeines Recht geltend gewesen — und der Schaden-Ersatz ausdrücklich neben der Aufhebung des Kaufs vorbehalten. Wie Troplong weiter anführt, sollen die Coutumes von Sens, Bar, Laon, Chalons damit übereinstimmen, vergl. auch Troplong. **Des contrats aléatoires, No. 149.**

Nach dem Zeugniß von Bender, der Verkehr mit Staatspapieren. Göttingen 1830, S. 402, Nota 4, ist dasselbe Verfahren üblich an den Börsen von Frankfurt, Berlin, Amsterdam und London. Auch sind dort die Urtheile des Frankfurter Stadt-, sowie des Appellationsgerichts, des Augsburger Wechsel-Appellationsgerichts in diesem Sinn angeführt. Derselbe Schriftsteller behauptet, S. 398 in der Note, das Lübecker Oberappellationsgericht erkenne stets so. Die Praxis der französischen Gerichte findet man in den Annalen von 1847, No. 16, S. 110–116.

Dr. Ladenburg.

II.

Zur Lehre von der Ehescheidung.

L.R.S. 231, 232 a.

Die in neuerer Zeit immer zunehmende Leichtigkeit der Communication mit fernen Ländern und die vermehrte Auswanderungslust haben das häufige Vorkommen von Fällen zur Folge, in denen es sich fragt, ob und in wieweit einem Ehegatten durch die Abwesenheit des andern

Ehegatten vom ehelichen Wohnsitze ein Recht, auf Ehescheidung anzutragen, erwachse. Bald verläßt ein Gatte mit Wissen und Willen des andern die Heimath, um anderswo für sich und die Seinigen eine neue Niederlassung zu gründen, verschwindet aber, ohne daß man Kunde mehr von ihm erlangt. Bald verläßt der Mann die Frau, oder umgekehrt die Frau den Mann ohne Wissen und Willen des Rückbleibenden, und läßt nichts mehr von sich hören. Bald endlich begibt sich ein Ehetheil mit oder ohne Wissen und Willen des andern Ehetheils außer Landes, und verweigert von seinem neuen, übrigens bekannten Aufenthaltsorte aus, die Rückkehr in die Heimath. Ehescheidungsklagen, auf die eine oder andere Thatsache der soeben beschriebenen Art gegründet, finden verschiedene Beurtheilung und leider sind auch unsre Gesetze in der fraglichen Lehre keineswegs so klar, daß sich nicht verschiedene Ansichten recht gut denken lassen. Die praktische Bedeutung der vorliegenden Frage rechtfertigt, dieselbe im Hinblicke auf mehrere gerichtliche Entscheidungen der neuesten Zeit hier zu besprechen. Es erscheint hiezu als nothwendig, vor dem Eingehen auf das dermalen geltende Recht, die Quellen zu betrachten, aus denen dies Recht schöpfte. Auf dem Boden der Hauptquelle des Eherechtes, auf dem des canonischen Rechtes, welches die Unzulässigkeit der Trennung des Ehebandes als Hauptsatz aufstellt, konnte die vorliegende Frage natürlich keineswegs zu der practischen Wichtigkeit gelangen, welche sie auf dem Boden anderer Ehegesetzgebungen, die eine Ehescheidung im eigentlichen Sinne des Wortes zulassen, gewinnt, da die gerichtliche Trennung einer durch die Abwesenheit eines Ehetheiles bereits factisch getrennten Ehe meist nur im Hinblicke auf eine Wiederverehelichung des in der Heimath rückgebliebenen Ehetheiles betrieben wird, eine solche Wiederverehelichung aber in Folge des oben erwähnten Hauptsatzes des Rechtes der katholischen Kirche nicht statthaft ist. Indessen lassen sich doch Fälle genug denken, in welchen die Entfernung eines Ehegatten von dem ehelichen Wohnsitze (z. B. wenn sie in der Art einer malitiosa desertio des protestantischen Kirchenrechts geschehen wäre) als Grund zu einem Antrag auf Trennung von Tisch und Bett benützt werden könnte, welcher dann die Folge haben müßte, daß der abwesende Ehegatte nach seiner Rückkehr kein Recht mehr auf ein gemeinsames eheliches Leben hätte. Es findet aber ein solcher Antrag, wenigstens auf immerwährende Trennung von Tisch und Bett, in den Gesetzen des canonischen Rechtes keine Begründung. Zu einer zeitlichen Trennung, deren Gründe überhaupt mehr in das Ermessen des Richters gestellt sind, dürfte er unter Umständen Anlaß geben.

Walter, Kirchenrecht, §. 330.

Richter, Kirchenrecht, §. 268.

Ueberhaupt wird unsre Frage auf dem Gebiete des canonischen Rechtes in der Lehre von der zweiten Ehe behandelt, und es sprechen sich die Gesetze (c. 19 X. de sponsal, 4. 1. c. 2 X. de sec. nupt. 4. 21.) dahin aus, daß, da die Eingehung einer zweiten Ehe immer den bestimmten Beweis des Todes eines Ehegatten voraussetze, selbst langwierige Abwesenheit oder Gefangenschaft dieses Ehegatten die Befugniß zur Knüpfung eines neuen Ehebandes hervorzubringen nicht im Stande seien. Es wollen jedoch manche Rechtslehrer im Hinblicke auf die Vermuthungen, welche deutsche Landesgesetzgebungen über den Tod abwesender Personen, von denen man keine Kunde hat, aufstellen, gestatten, daß der Tod des einen Ehegatten in Folge triftiger Präsumtionen als erwiesen angenommen werden könne.

Walter a. a. O. §. 333.

Richter a. a. O. §. 270.

Nach protestantischem Kirchenrecht läßt sich bekanntlich eine gemeinrechtlich geltende durchgreifende Theorie über die Ehescheidungsursachen überhaupt nicht aufstellen, da schon die Ansichten der Reformatoren, als Luther, Calvin, Zwingli, Melanchthon hier bedeutend auseinander gingen. Nur so viel steht fest, daß die protestantische Kirche von jeher eine wahre Trennung des Ehebandes zuläßt, und daß selbst nach den strengeren Ansichten (z. B. gerade der Luther's) Ehebruch und die s. g. malitiosa desertio als vollgültige Gründe einer solchen Trennung betrachtet werden.

Richter a. a. O. §. 269.

Die malitiosa desertio schlägt nun gerade in unsere Frage ein, so daß wir ihre Bedeutung etwas näher betrachten müssen. Ihre gesetzliche Begründung als Scheidungsursache findet sie bekanntlich nach den Ansichten der protestantischen Theologen und Kirchenrechtslehrer in dem neuen Testamente I. Cor. VII. 15. Ihr Begriff geht dahin, daß man eine jede freiwillige, einem Ehegatten gegen den Willen des andern Ehegatten bewirkte oder fortgesetzte Aufhebung des ehelichen Beisammenlebens darunter versteht. Um das Vorhandensein dieses Begriffs zu constatiren, hat die Praxis und Landesgesetzgebung ein eigenes Verfahren, den s. g. Desertionsproceß ausgebil-

det. Ist nämlich der Aufenthaltsort des entwichenen Ehegatten bekannt, so pflegt diesem die Fortsetzung der Ehe bei Vermeidung von Geld und Gefängnißstrafen aufgegeben, und nach deren fruchtloser Erschöpfung Ehescheidung ausgesprochen zu werden. Ist der Aufenthaltsort des entwichenen Ehegatten unbekannt, so pflegt man eine öffentliche Ladung zu einer Tagfahrt unter der Androhung des Rechtsnachtheiles zu erlassen, daß im Falle des Nichterscheinens der Beklagte der böslichen Verlassung für schuldig erachtet und die Ehe getrennt werden solle, endlich im Falle des ungehorsamen Ausbleibens die Scheidung zu erkennen. Zur Begründung der Klage fordert man jedoch, daß falls des Beklagten Aufenthaltsort unbekannt ist, die Abwesenheit bereits längere Zeit (nach einigen Gesetzgebungen ein halbes Jahr, nach andern, z. B. dem allg. preuß. Landrechte, §. 690, ein Jahr) gedauert habe, und daß der Kläger durch obrigkeitliches Zeugniß die Abwesenheit des Beklagten und die Ungewißheit seines Lebens und Aufenthalts nachweist, auch die Erfolglosigkeit seiner Nachforschungen nach Leben und Aufenthalt des Entwichenen durch Zeugnisse auswärtiger Obrigkeiten, bei denen er Erkundigungen einzog, oder durch den s. g. Deligenzeid bescheinige.

Grolman, Kirchenrecht, §. 250.

Richter, Kirchenrecht a. a. O.

Die französische Civilgesetzgebung, welche uns einerseits als Theil unseres geltenden Eherechtes, andrerseits als Quelle der Eheordnung interessirt, und welche ihrerseits sich hie und da wieder auf das Kirchenrecht stützt, nimmt weder unter den Ehescheidungsursachen (C. c. Art. 229—233) die Entfernung oder Abwesenheit eines Ehegatten, noch gibt sie ungeachtet ihrer genauen Vorschriften über das Ehescheidungsverfahren (Art. 234—246) einen besondern Anhaltspunkt für das gegen einen Abwesenden, dessen Aufenthalt man nicht kennt, einzuhaltende Verfahren. Es kann mithin auch, und darüber ist man auf dem Gebiete des Code Napoleon einig, auf den Grund der bloßen Abwesenheit eines Ehegatten, mag solche vereigenschaftet sein, wie sie will, eine gerichtliche Ehetrennung nicht eintreten.

Toullier droit civil, I. No. 483.

Duranton cours I No. 523.

Zachariä frz. L.R. 4. Ausg. I. §. 159.

Sowie aber auf der einen Seite die Abwesenheit eines Ehegatten, wäre sie auch mit der Ungewißheit der Fortdauer des Lebens des Abwesenden verbunden, keinen Scheidungsgrund abgeben soll, eben so soll auf der andern Seite ein von dem in der Heimath zurückgebliebenen Ehegatten etwa eingegangenes neues Eheband unter seiner Ungewißheit nicht leiden. Daher die weise Bestimmung des C. civ. Art. 139, welche der badische Gesetzgeber so wiedergibt.

> Hat der zurückgebliebene Ehegatte eines Verschollenen, ohne geschieden zu sein, eine neue Verbindung geschlossen, so ist es jenem Verschollenen Allein gestattet, diese Ehe, sei es in Person, oder durch einen Bevollmächtigten, der mit dessen Lebensschein versehen ist, anzufechten.

Es kann also eine von dem Gatten eines Verschollenen eingegangene neue Ehe nicht auf den Grund der Art. 147, 184 „von den Ehegatten selbst, von jedem der dabei betheiligt ist, und so auch von dem Kronanwalte", sondern nur von dem verschollenen Ehegatten in Person oder dessen Specialbevollmächtigten, welcher letztere noch überdies den Beweis des Lebens des Verschollenen (muni de la preuve de son existence) zu erbringen hat, angefochten werden.

Der badische Gesetzgeber hat im S. 184 den im Urtext nicht ausdrücklich beseitigten Widerspruch zwischen dem allgemein lautenden Art. 184 und dem Art. 139 dadurch gehoben, daß er dem S. 184 die Worte einschob, „jene (Ehe) ausgenommen, wovon der Satz 139 handelt." Auch hat dieser Gesetzgeber dadurch, daß er im S. 139 ausdrücklich von einem verschollenen Ehegatten spricht, während der Urtext allgemein hin vom epoux absent redet, die Streitfrage des französischen Rechts, ob sich der Art. 139 nicht allein auf die absence declarée (Verschollenheit), sondern etwa auch auf die absence presumée (Vermißtsein) beziehe, in dem Sinne entschieden, welchen man auch für Frankreich als den wahren Sinn des Art. 139 schon deßhalb erkennen muß, weil dieser Art. unter das Capitel des Code civil, welches von den Wirkungen der erklärten Abwesenheit handelt, eingereiht ist.

Vergl. Duranton a. a. O. No. 525, 526.

K. M. Zachariä a. a. O.

Endlich hat das badische Gesetz durch den Zusatz im S. 139 „ohne geschieden zu sein" darauf hingewiesen, daß es eine Ehescheidung wegen Verschollenheit anerkenne. (S. 232 a.)

Resultat für das französische Recht des Code civil (d. h. abgesehen von dem der Scheidung vom Ehebande

aufhebenden Gesetze vom 8. März 1816) bleibt, daß eine gerichtliche Ehetrennung wegen Abwesenheit eines Ehetheils nicht statthaft, daß eine von dem ausgebliebenen Ehegatten während der absence presumée des andern Ehegatten abgeschlossene Ehe (wenigstens nach der unseres Erachtens richtigen Ansicht), in Gemäßheit der Bestimmungen des S. 184 allgemeinhin anfechtbar ist, daß dagegen eine nach erklärter Abwesenheit des einen Ehetheils (mithin nach einem Zeitraume von mindestens fünf Jahren von dem Zeitpunkt der Entfernung gerechnet), von dem andern (Ehetheile) eingegangene Ehe nur unter den Voraussetzungen des Art. 139 angefochten werden kann.

Unsere Eheordnung nimmt in §. 43 zwei hieher bezügliche Ehescheidungsgründe an, nemlich unter lit. e eine über drei Jahre andauernde Abwesenheit des männlichen Ehegatten, von dessen Aufenthalt man keine Nachricht hat, und auch durch öffentliche Aufforderungen nicht erlangt und unter lit. f eine binnen gleichem Zeitraum fortgesetzte Abwesenheit eines Ehegatten, dessen Aufenthalt man zwar weiß, der aber wegen Verbrechen landflüchtig ist. Der erste dieser Gründe, in Verbindung mit dem unter lit. g aufgestellten Scheidungsgrunde der s. g. Herzenshärtigkeit, ruht zweifelsohne auf dem Princip der malitiosa desertio des protestantischen Kirchenrechts, und ist ihr nachgebildet. Fragt man nun, ob dieser Scheidungsgrund noch auf praktische Geltung Anspruch machen kann, so wird man dies unbedingt verneinen müssen, weil das Landrecht, welches neueres Gesetz ist als die Eheordnung, und welches nach Wort und Geist in der Lehre von der Ehescheidung keine von ihm nicht ausdrücklich benannte Ehescheidungsgründe anerkannte, gerade diesen Grund nicht angenommen hat, während es, wie wir sogleich sehen werden, im S. 232a. mehrere andre, dem Code civil fremde Ehescheidungsgründe, der Eheordnung entliehen hat. Es ist die Absicht des Landrechts, die dreijährige Abwesenheit als Scheidungsgrund aus dem Bereiche des geltenden Rechtes zu verbannen, um so klarer, als es ein Surrogat dafür in der „Verschollenheit" gegeben hat. S. 232a. Unter Verschollenheit kann aber natürlich auch nichts Anderes verstanden werden, als was nach den L.R.S. 115 und ff. darunter zu verstehen ist, da es gewiß am nächsten liegt, ein Gesetz aus dessen eigenen Bestimmungen zu erklären, und da noch überdies der oben geschilderte Zusammenhang des in der Lehre von der Verschollenheit selbst stehenden S. 139 mit unserer Frage auf diese Erklärungsweise speciell hinweiset. Wir glaubten diese Bemerkung über den Sinn der „Verschollenheit" des S. 232a. eigentlich nur deßhalb machen zu müssen, weil bereits, wenn auch in mehr als gewagter, doch sehr-scharfsinniger Weise von Sander in den Annalen III. No. 52 die Meinung aufgestellt wurde, daß unter Verschollenheit im S. 232a. lediglich die dreijährige Abwesenheit an unbekannten Orten, wovon die E. O. §. 43 Art. e spricht, zu verstehen sei. Gegen diese Ansicht lassen sich aber nicht nur die vorerwähnten schlagenden Gründe, sondern auch die ausdrücklichen Aeußerungen des Verfassers unseres Landrechts, Brauer's in den Erläut. I. S. 202 anführen, welcher sagt, daß vor dem Landrechte, als man um Verschollenheitserklärung erst nach zehnjähriger Entfernung der betreffenden Person habe nachsuchen dürfen, die Bestimmung der Eheordnung, daß dreijährige Abwesenheit als Scheidungsgrund gelte, von bedeutendem Gewichte gewesen sei, daß aber nach Einführung des Landrechts, gemäß dessen Verschollenheit nach fünfjähriger Abwesenheit ausgesprochen werden könne, um so weniger mehr ein Grund vorliege, die zum Antrage auf Scheidung berechtigende Abwesenheit auf eine geringere Dauer zu beschränken, wie die zur Verschollenheitserklärung erforderliche, als selbst nach älterem Rechte (E.-O. §. 43 lit. b) von dem Ehetheile, dessen Gatte der Strafe halber, also widerrechtlich abwesend gewesen, ein fünfjähriger Zeitraum habe ausgewartet werden müssen.

Schwieriger und bestrittener, als die bisher erörterte Frage, ist die weitere Frage, was unter der „dreijährigen Landflüchtigkeit" des L.R.S. 232a. zu verstehen sei? Die eine Ansicht geht hier dahin, daß das Wort „Landflüchtigkeit" lediglich in dem beschränkten Sinne aufgefaßt werden müsse, welchen die E.-O. §. 43 lit. f. damit verbindet, daß also von einer Landflüchtigkeit nur dann die Rede sein könne, wenn ein Ehegatte „wegen Verbrechen" aus dem Lande geflohen sei; die andere Ansicht glaubt dagegen dem Worte: „Landflüchtigkeit" einen weiteren Sinn beilegen, und dasselbe theils aus dessen sprachlicher Bedeutung, theils aus §. 9 lit. d des VI. Constitutionsedicts und §. 43 lit. e der E.-O. erläutern zu müssen. Diese letztere Ansicht bekämpft die ersterwähnte theils damit, daß sie dieser entgegenhält, es würde zu harten Inconsequenzen führen, wenn man auf der einen Seite in einem Falle, in welchem ein Ehegatte wegen irgend eines unbedeutenden Vergehens, z. B. einer un-

bedeutenden Unterschlagung das Land verlasse, Scheidung aussprechen, auf der andern Seite aber in Fällen, wo ein Ehegatte aus moralisch höchst verwerflichen, aber kein Verbrechen in sich fassenden Gründen entfliehe, die Scheidungsklage zurückweisen will, theils damit, daß sie anführt, man trete dem Rechts- und Billigkeitsgefühle entgegen, wenn man den rückgebliebenen Ehegatten verpflichten wolle, das Eheband bis nach erklärter Verschollenheit des Entwichenen fortbestehen zu lassen, oder wenn man gar in einem Falle, wo Leben und Aufenthaltsort des Entwichenen gewiß sei, wo mithin eine Verschollenheitserklärung rechtlich unthunlich sein würde, den Verlassenen zwingen will, für die Dauer seines Lebens ein Eheband zu achten, welches der Entflohene bereits thatsächlich getrennt habe. Positiv führt diese Ansicht für sich an, daß der Begriff der Landflüchtigkeit schon nach sprachlicher Auslegung weiter gehe, als die andere Meinung anerkenne, daß diese letztere Meinung vielmehr jenen Begriff willkührlich beschränke, daß, soferne der L.R.S. 232 a. zur Erläuterung des fraglichen Begriffs auf das frühere Recht verweise, damit nur auf den erwähnten §. 9 lit. d des VI. Const.-Edicts, wo die beharrliche Landflüchtigkeit als ein solcher Austritt aus dem Lande, womit man einer oder der andern Staatspflicht auszuweichen suche, und welche man nach öffentlich erfolgter Vorladung zur Rückkehr und zur Verantwortung über die vorgeschriebene Frist hin ohne rechtlich gültige Entschuldigung fortsetze, definirt sei, habe hingedeutet werden wollen, und daß endlich unter der dreijährigen Landflüchtigkeit des Landrechts, zumal wenn man die Erfordernisse des §. 9 lit. d des VI. Const.-Edicts mit denen des §. 43 lit. e der Pr.O. vergleiche und in beiden Gesetzesstellen die Erfolglosigkeit einer öffentlichen Vorladung des Entwichenen als Voraussetzung der Anwendung jener Gesetzesstellen angesehen finde, in der That nur die dreijährige Abwesenheit an unbekannten Orten, wie sie die E.-O. an angeführter Stelle charakterisirt, verstanden sein könne. Wir halten die so eben begründete Ansicht für unrichtig, und die Meinung, welche den S. 232 a., so weit er die Landflüchtigkeit betrifft, lediglich aus der E.-O. §. 43 lit. f erläutern, mithin nur eine Landflüchtigkeit „wegen Verbrechen" als gültigen Scheidungsgrund anerkennen will, für allein haltbar. Es stützt sich diese Ansicht vor Allem auf die Worte des S. 232 a. selbst, welche so lauten:

Auch Verschollenheit, dreijährige Landflüchtigkeit oder Wahnsinnigkeit von gleicher Dauer, werden unter den schon ehemals gesetzlich näher bestimmten Umständen ebenfalls als Scheidungsursachen beibehalten.

Wenn nämlich hier von einem Beibehalten der dreijährigen Landflüchtigkeit als Scheidungsursache die Rede ist, so muß man doch gewiß aus dem Gebrauche dieser Worte schließen, daß das Landrecht die Landflüchtigkeit nur in dem Sinne aufgefaßt wissen wollte, in welchem sie nach dem früheren Rechte als Scheidungsursache galt, keineswegs aber wird zu unterstellen sein, der L.R.S. 232 a. habe mit dem Worte „Landflüchtigkeit" die Bedeutung verbunden sehen wollen, welche das dem Eherechte natürlich ganz fremde Constitutionsedict über die Grundverfassung der verschiedenen Stände diesem Worte beilegt, wenn es die „beharrliche Landflüchtigkeit" als einen Grund des Verlustes des Staatsbürgerrechts aufstellt. Hätten wir aber auch das Wort „beibehalten" im Gesetze nicht, so würde es doch gewiß schon an und für sich den Regeln der Gesetzauslegung angemessen sein, den unbestimmten Begriff der Ehescheidungsursache der Landflüchtigkeit im Sinne des früheren Eherechts, mithin im Sinne des §. 43 lit. f. der E.-O., nicht aber etwa im Sinne eines vom Verluste des Staatsbürgerrechtes handelnden Gesetzes festzustellen. Zu allem Ueberflusse verweiset uns aber auch noch der Gesetzgeber ausdrücklich auf diese Art der Auslegung, indem er die Landflüchtigkeit „unter den schon ehemals gesetzlich näher bestimmten Umständen als Scheidungsursache beibehalten" will. Die einzige uns bekannte frühere gesetzliche Bestimmung über die Landflüchtigkeit als Scheidungsursache liegt aber im §. 43 lit. f. der E.-O. Es ist durchaus nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber, indem er in der Lehre vom Eherechte schlechthin auf die frühere Gesetzgebung verwies, an die Bestimmungen des, staatsrechtliche Verhältnisse berührenden, VI. Constitutions Edicts gedacht haben sollte, und daß er, sofern dies je der Fall gewesen sein könnte, sich nicht bestimmter darüber ausgedrückt haben sollte, welches frühere Gesetz er im Auge habe. Bedürfte es noch weiterer Gründe, um die Richtigkeit der hier vertheidigten Ansicht darzuthun, so ließe sich noch anführen, daß die ganze Ausdrucksweise des §. 232 a. keineswegs zu der Unterstellung paßt, es habe der Gesetzgeber dort ein in anderer Beziehung neben dem Landrechte practisch fortbestehendes Gesetz in einer bestimmten Stelle in die Materie vom Ehe-

rechte lediglich herüberziehen wollen, daß vielmehr diese Ausdrucksweise klar zu erkennen giebt, wie auf ein durch das neuere Landrecht theilweise beseitigtes Gesetz verwiesen werden wollte. Ein nicht ungewichtiges Argument für unsre Ansicht liegt endlich im L.R S. 311 a., welcher bekanntlich verordnet, daß die Eheordnung in allen jenen Rechtsbeziehungen noch fortgelte, welche neben den Bestimmungen des Landrechts bestehen können. Darnach muß offenbar gerade die Bestimmung der Eheordnung über die Landflüchtigkeit als Scheidungsgrund als fortgeltend betrachtet werden, da das Landrecht, welches im Uebrigen keine außer ihm selbst liegende Scheidungsgründe anerkennt, hier speciell zur Beibehaltung der älteren Gesetzesnorm ermächtigt, und da der L.R.S. 311 a. ausdrücklich festsetzt, was im Bereiche des Eherechtes als das dem Landrechte zunächst vorangehende ältere Gesetz anzusehen sei. Wollte man die Ansicht von der Unanwendbarkeit der E.-O. §. 43 lit. f. auf unsern Fall annehmen, so müßte man zugleich anerkennen, daß die soeben gedachte Bestimmung der E.-O. bereits vor dem Erscheinen des Landrechts durch den §. 9 des VI. Const.-Ed. außer Kraft gesetzt worden sei, und würde damit zu einer Auffassungsweise gelangen, welche dem gegenseitigen Verhältnisse der E.-O. und des Const.-Ed. offenbar zuwider wäre, indem jedem dieser Gesetze gewiß ein vollkommen abgesondertes Rechtsgebiet angewiesen ist. Auch ist keine Spur davon vorhanden, daß die badische Rechtskunde vor dem Landrechte die E.-O. in der fraglichen Beziehung als durch das Const.-Ed. beseitigt ansah.

Bei dieser Lage der Dinge, bei welcher der Richter so streng durch die Verfügungen des Gesetzgebers gebunden ist, kommt es dem erstern auch gewiß nicht zu, sich nach den Regeln der sprachlichen Auslegung einen beliebigen Begriff der Landflüchtigkeit zu bilden, und solchen dann als Scheidungsgrund anzuwenden. Wollte man aber auch diese Verfahrungsweise als rechtlich möglich zugeben, so wäre erst damit keineswegs die oft beabsichtigte Gleichstellung der landrechtlichen Landflüchtigkeit mit der dreijährigen Abwesenheit der E.-O. erzielt; denn es kann Jemand recht leicht lange abwesend sein, ohne daß er deßhalb geflohen zu sein braucht. Um das Wort „fliehen" anwenden zu können, bedarf man nach dem allgemeinen Begriffe dieses Wortes immer eines Gegenstands, dem sich der Entweichende zu entziehen sucht. Wenn diejenigen Vertheidiger der gegentheiligen Ansicht, welche sich vorzugsweise auf den §. 9 des VI. Const.-Ed. stützen, hier die Antwort in Bereitschaft haben, daß sich der Landflüchtige immer „einer oder der andern Staatspflicht" zu entziehen bestrebt gewesen sein müsse, so entsteht wieder vor Allem die nicht unzweifelhafte Frage, ob die Nichtachtung der ehelichen Pflichten als Verletzung einer Staatspflicht im Sinne des Const.-Ed. zu betrachten sei, und es würde überdies diese Meinung durch Anwendung des Begriffes der Staatspflicht in denselben Mangel verfallen, den sie, wie oben bemerkt wurde, der von uns vertheidigten Ansicht zum Vorwurfe macht, daß nämlich, wenn der Entwichene ein kleines Vergehen im Sinne des Strafrechts begangen habe, geschieden werden könne, während dies, wenn er moralisch verwerflicher Handlungen halber sich entfernt habe, nicht der Fall sei; denn es müßte diese Meinung dem gegenüber, der sich einer dem ehelichen Verhältnisse ganz ferne liegenden Staatspflicht durch die Flucht entzieht, Scheidung zulassen, während sie doch auf der andern Seite kein gesetzliches Mittel hätte, dem gegenüber, welcher, ohne eine Staatspflicht zu verletzen, aus sonst noch so verwerflichen Gründen entfliehen würde, eine Scheidung hervorzurufen. Uebrigens ist der wiederholt erwähnte unserer Ansicht gemachte Vorwurf, wodurch diese letztere als an Absurdität gränzend beseitigt werden soll, keineswegs in dem Maaße gegründet, als man oft annehmen zu müssen glaubt. Wenn wir nämlich auch die Bestimmung der E.-O. §. 43 lit. f. vom legislativen Standpunkte zu vertheidigen keineswegs Willens sind; so ist doch zu erwägen, daß nach eben dieser Bestimmung die Abwesenheit von der Heimath Folge des begangenen Verbrechens sein muß, damit darauf eine Scheidung gegründet werden könne. Der Entwichene muß also wegen des Verbrechens, d. h., um sich der ihm hierwegen drohenden Untersuchung und Bestrafung zu entziehen, entflohen sein. Eine solche Flucht wird aber in gewöhnlichen Fällen wegen eines kleinen und gering strafbaren Vergehens nicht eintreten, und es wird daher, wenn es den Umständen, der Größe des Verbrechens und der darauf gesetzten Strafe, sowie den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten nach nicht sofort klar ist, daß die Flucht lediglich Folge der Missethat sei, der Richter vor der Scheidung verpflichtet sein, erst nähere Cognition über den fraglichen Causalzusammenhang eintreten zu lassen und soferne dieser nicht dargethan werden kann, die Scheidung zu versagen. Es genügt wenigstens keinesfalls der Umstand, daß das Verbrechen und die Flucht in der Zeit auf einander folgen, zur Anwendung des §. 43 lit. f.

der E.-O., sowie ja bekanntlich aus dem post hoc das propter hoc nicht gefolgert werden kann. Bei einer solchen Auslegung des §. 43 lit. f. müssen die gerügten eclatanten Inconsequenzen dieser Gesetzesstelle großentheils schwinden. Was den weiteren obenerwähnten Einwand gegen unsre Ansicht betrifft, so können wir es nicht für so hart halten wie unsre Gegner, wenn der rückgebliebene Ehegatte in einem sich zur Verschollenheitserklärung des Entwichenen eignenden Falle bis nach dieser Erklärung, mithin über fünf Jahre von der Entfernung des Entflohenen angerechnet, zuwarten soll, bis er mit seinem Scheidungsgesuche gehört werden kann, während ihn die frühere Gesetzgebung (E.-O., §. 43, lit. e.) nur zu einem Zuwarten von drei Jahren verband. Man bedenke, daß in solchen Fällen Scheidung gewöhnlich nur der künftigen Wiederverehelichung des Rückgebliebenen halber nachgesucht wird, und daß ein großer Theil der Bewohner der civilisirten Welt unter Ehegesetzen lebt, welche in Rücksicht auf die Heiligkeit des Ehebandes eine Auflösung desselben durch Scheidung, somit auch die Wiederverehelichung eines Gatten für rechtlich unmöglich erklären. Es soll das nur deßhalb angeführt werden, um zu zeigen, daß, wenn Gesetze ausgedehntester Wirksamkeit die Scheidung und Wiederverehelichung gar nicht gestatten, doch gewiß eine Staatsgesetzgebung, welche die Bedeutung der Ehe auch in hohem Maaße anerkennt, nicht als unverhältnißmäßig hart angesehen werden kann, wenn sie ein fünfjähriges Zuwarten vor der Gestattung der Wiederverehelichung verlangt. Was endlich den Einwand betrifft, daß man, soferne Leben und Aufenthaltsort des entwichenen Gatten bekannt, also eine Verschollenheitserklärung nicht zulässig sei, nach unsrer Ansicht den rückgebliebenen Gatten zwingen müsse, eine Eheband zu achten, welches vom andern Theile thatsächlich gelöset worden, so ist hierauf zu entgegnen, daß es sich in einem solchen Falle bei dem Grundsatze, daß die Ehefrau bei dem Manne zu wohnen, und ihm allenthalben hin zu folgen, der Ehemann dagegen die Frau bei sich aufzunehmen habe, (L.R.S. 214) nicht mehr um unsre Frage, sondern vielmehr um die, wenn auch mit dieser verwandte, doch nach andern Grundsätzen zu beantwortende Frage handelt, ob die Verweigerung des ehelichen Zusammenlebens (die s. g. Herzenshärtigkeit) einen Scheidungsgrund bilde, welche letztre Frage wir hier nicht zu erörtern haben. Im Uebrigen ist noch hinsichtlich sämmtlicher von dem allgemeinen Standpunkt der legislativen Unhaltbarkeit unserer beschränkten Auslegung des L.R.S. 232 a. erhobenen Einwendungen zu bemerken, daß derartige Erwägungen über die Zweckmäßigkeit und Unzweckmäßigkeit, Consequenz und Inconsequenz eines Gesetzes am wenigsten in der Lehre von den Ehescheidungsursachen, welche bekanntlich strictissimae interpretationis sind, Wirksamkeit zu Gunsten einer ausdehnenden Auslegung gewinnen können.

Nicht verkennen läßt es sich zwar, daß der L.R.S. 232 a, auf welchen sich vorzugsweise unsre Ansicht stützt, in seiner Redaction mangelhaft ist; doch ist dies in einer Weise der Fall, welche auf die zuletzt erörterte Frage gar keinen Einfluß gewinnen kann. Wenn nämlich nach dem Wortlaute des Satzes die Phrase „unter den schon ehemals gesetzlich näher bestimmten Umständen" eben so gut auf die „Verschollenheit," als auf „die Landflüchtigkeit" oder „Wahnsinnigkeit" bezogen werden könnte, so ist dieser Umstand jedenfalls bezüglich des Begriffs der Landflüchtigkeit unerheblich, und es kann selbst dadurch nicht für die Meinung, nach welcher unter der „Verschollenheit" die dreijährige Abwesenheit der E.-O. §. 43 lit. e. zu verstehen sein soll, Boden gewonnen werden, weil (abgesehen von allem dem, was eben über die Bedeutung des Wortes „Verschollenheit" in S. 232 a. gesagt wurde) die E.-O., auf welche der L.R.S. 232 a. allein verweisen konnte, gar keine Ehetrennungsursache der Verschollenheit kennt, wohl aber Trennungsursachen der Landflüchtigkeit und des Wahnsinnes (§. 43, lit. f. u. i.) und weil sich deßhalb der L.R.S. 232 a. wohl hinsichtlich der beiden letztern Scheidungsgründe, nicht aber hinsichtlich des Scheidungsgrundes der Verschollenheit auf die E.-O. beziehen konnte.

Die bisher geprüften Fragen stellten sich in neuerer Zeit wiederholt bei großh. Hofgerichte des Unterrheinkreises zur Beantwortung dar. Es zeigten sich jeweils Meinungsverschiedenheiten in dem betreffenden Senate. Die Majorität bekannte sich jedoch bei Fassung der Urtheile vom 6. December 1850, Nro. 18201, I. Crim.-Sen., und vom 27. December 1850, Nro. 19106, I. Crim. Sen. zu der hier vertheidigten Ansicht, und zwar im Wesentlichen auch aus den hier vorgetragenen Gründen. Beide Erkenntnisse des großh. Hofgerichts wurden auf dagegen ergriffenen Recurs vom großh. Oberhofgerichte durch die Urtheile vom 7. April 1851, Nro. 2085/86, und vom 14. April 1851, Nro. 2234/35 unter Adoption der hofgerichtlichen Entscheidungsgründe bestätigt.

Gewöhnlich wird bei Ehescheidungsklagen, welche in

Verhältnissen, wie die im Eingange dieses Aufsatzes genannten, ihren Grund haben, noch nebenbei darauf gebaut, daß die Entweichung des einen Ehegatten jedenfalls als eine grobe Verunglimpfung des andern Gatten im Sinne des L.R.S. 231 zu betrachten, und daß dann auf diese Scheidungsursache hin dem Klagbegehren zu entsprechen sei. Es ist daher nöthig, um das im Eingange gewählte Thema zu erschöpfen, auch zu prüfen, in wieferne diese Ansicht stichhaltig sei. Der Urtext unseres Landrechts meint bekanntlich dasjenige, was der L.R.S. 231 mit „groben Verunglimpfungen" bezeichnet „injures graves," bei welchen Worten man natürlich zunächst allein an wörtliche Beleidigungen (Injurien) zu denken veranlaßt ist.

Zachariä a. a. O. IV., §. 476 beschreibt in Uebereinstimmung mit dieser Auffassungsweise die Scheidungsursache des S. 231 als „lebensgefährliche oder sonst grobe Mißhandlungen, ingleichen schwere (wirkliche) Beleidigungen." Die Reden mehrerer Berichterstatter der Gesetzgebungsfactoren bei Abfassung des Code Napoleon lassen uns keinen Zweifel darüber, daß man bei dem Ausdruck „injures graves" eigentlich nur an Ehrverletzungen dachte. Man s. z. B. Exposé des motifs du titre VI. liv. I. du C. c., par le cons. d'État Treilhard (les injures graves sont aussi causes de divorce: il serait superflu d'observer qu'il ne s'agit pas — de quelques paroles dures, mais — d'injures portant un grand caractère de gravité), Discours prononcé au corps legislatif par le tribun Gillet sur le t. VI. liv. I. du C. c. (soit qu'il attente à sa sureté par de excès, à sa sécurité par des sévices, ou à son honneur par des injures graves), Rapport fait au tribunat sur le t. VI. l. I. du C. c. par le tribun Savoie-Rollin. Brauer in den Erläut. zu S. 231 spricht ebenfalls nur von Ehrenkränkungen und Verläumdungen, um das Wesen der Verunglimpfungen zu characterisiren. Unerachtet man hiernach sowohl auf dem Gebiete des französischen als des badischen Rechts veranlaßt sein könnte, die „Verunglimpfung" lediglich als Ehrverletzung durch Rede, Schrift oder Zeichen der Gedanken (symbolische Injurie) aufzufassen; so hat doch stets die französische und badische Praxis solche Handlungen als injures graves oder grobe Verunglimpfungen betrachtet, welche, ohne den Character der Injurie an sich zu tragen, das Gemüth des schuldlosen Ehetheils auf eine besonders tiefe Weise zu verletzen geeignet sind. Die bei Gilbert, Codes annotés angeführte Sprüche französischer Gerichtshöfe zeigen uns, daß man in Frankreich je nach den Umständen des einzelnen Falles widerrechtliche Anträge des Ehemannes auf Einsperrung der Ehefrau, Verweigerung der Aufnahme der Ehefrau in den ehelichen Wohnsitz Seitens des Ehemannes, besonders empörendes Benehmen des Ehemannes bei Verübung eines nicht unter den S. 230 fallenden Ehebruchs, durch den Ehemann wissentlich hervorgerufene Ansteckung der Ehefrau mit einer venerischen Krankheit und dgl. mehr dem Scheidungsgrunde der injures graves subsumirte. Aehnliche Entscheidungen badischer Gerichte finden sich z. B in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern Jahrg. 1823, S. 301, 1827 S. 46—55, 1840 S. 469; Annalen XII., S. 62. Bei Prüfung dieser und ähnlicher Rechtssprüche (die sich aber, wie wohl zu bemerken, soweit sie in Frankreich erlassen wurden, nach dem Jahre 1816 lediglich auf die separation de corps beziehen, welche unerachtet des Art. 306 des C. c. doch weniger streng, als die Ehescheidung behandelt wird,) dürfte sich recht wohl die Ansicht ausdrängen, als habe man sich dabei unter Hintansetzung einer strengen Gesetzesauslegung von den Gedanken leiten lassen, es sei besser eine Ehe, in welcher einmal eine allem Anschein nach nicht zu vertilgende und äußern Gründen nach gerechtfertigte Abneigung eines Ehegatten gegen den andern Platz gegriffen habe, zu lösen, als zur Qual der Ehetheile und vielleicht zum öffentlichen Aergernisse fortbestehen zu lassen. Daß eine solche Auffassungsweise der Lehre von der Ehescheidung nicht zu rechtfertigen ist, scheint uns jedoch außer Zweifel zu stehen. Wie nämlich eben schon angedeutet wurde, lassen sich die Worte „injure" und „Verunglimpfung" ihrem gewöhnlichen Begriffe und den Ansichten derjenigen nach, welche bei Abfassung der betreffenden Gesetzbücher mitwirkten, nicht so weit ausdehnen, um auf den Grund derselben die so eben mißbilligte zu bauen. Eine analogische Ausdehnung der Gesetze über Ehescheidungsursachen erscheint dem Geiste unserer Ehegesetzgebung zuwider. (Schluß folgt.)

Berichtigung.

In Nro. 38 S. 302 Sp. 1 Z. 25 von oben soll es statt „zum Vortheil des Verkaufes" heißen „zum Vortheil des Verkäufers."

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. No. 40. Mannheim, 4. October 1851.

I.

Zur Lehre von der Ehescheidung.

(Schluß.)

Würde man die „Verunglimpfung" in dem erwähnten weiten Sinne auffassen, so wäre im Grunde durch den S. 231 eine jede andre Bestimmung über Ehescheidungs ursachen unnöthig gemacht, denn es ließen sich z. B. Ehebruch und harte Mißhandlung mindestens eben so gut als Verunglimpfung ansehen, als man eine solche in vielen andern Verhältnissen, die das Gemüth eines Ehetheils hart zu afficiren geeignet sind, findet. Es wäre damit eine Hinterthüre geöffnet, welche der laxesten Theorie über Ehescheidung Eingang schaffen, und mittelst welcher die Entscheidung des einzelnen Falles rein der richterlichen Willkür überantwortet würde. Es kann unmöglich die wahre Willensmeinung des Gesetzgebers sein, welcher ausdrücklich den Ehebruch neben der Verunglimpfung als Scheidungsgrund aufstellt, daß ein Richter den von einem Ehetheile begangenen Ehebruch durchweg nicht als erwiesen betrachte, aber in einer Vertraulichkeit eines Ehetheils mit einer dritten Person, welche Vertraulichkeit vielleicht eine Inzicht für ein ehebrecheisches Verhältniß abzugeben im Stande wäre, den Scheidungsgrund der groben Verunglimpfung erblicken. Vgl. Oberhofg. Jahrb. 1823, S. 301. Dadurch, daß das Gesetz erwiesenen Ehebruch zur Scheidung verlangt, schließt es ja gerade geringere Grade der Vertraulichkeit eines Gatten mit Dritten vom Gebiete der Scheidungsgründe aus. Ebenso kann, wenn das Gesetz nur unter bestimmten Umständen die Entfernung eines Ehegatten vom ehelichen Wohnsitze als Scheidungsgrund anerkennt, keineswegs eine unter andern Umständen stattgehabte Entfernung als grobe Verunglimpfung betrachtet werden.

Vgl. Archiv für Rechtspflege und Gesetzgebung in Baden, IV. Bd, 1. Abh V, Annalen IV, S. 245—249, IX. S. 89, XII. S. 184, Oberhofg. Jahrb. n. F. VI. 1840, S. 92.

Nach unserer beschränkten Auffassung der „Verunglimpfung" können natürlich Fälle der Abwesenheit darunter keinesfalls subsumirt werden. Wollte man aber selbst eine Ausdehnung des Begriffs der Verunglimpfung im Sinne obiger Rechtssprüche als zuläßig anerkennen, wollte man, wie es in den oberhofg. Jahrb. VI 1840, S. 469 heißt, die bösliche Verlassung unter Umständen als grobe Verunglimpfung gelten lassen, so ist doch damit noch nicht zugegeben, daß dann ein jeder Fall der Entfernung und Abwesenheit eines Ehegatten eine Scheidungsklage nach S. 231 begründen könne, und es wäre, um mit einigem Grunde den S. 231 anwenden zu können, immerhin nöthig, daß die Art und Weise, in der sich die Entfernung des entwichenen Gatten zutrug, erwiesenermaaßen eine grobe Mißachtung des rückbleibenden Ehegatten in sich schließe. Bei einer solchen Beschränkung in der Anwendung des S. 231 muß aber der größeste Theil der Abwesenheitsfälle von dem Gebiete dieses Satzes verschwinden, da, wenn auch sehr oft ein böser Wille des Entwichenen zu vermuthen ist, doch gewöhnlich nichts als die Thatsache der Entfernung bis zur rechtlichen Gewißheit constatirt ist. Letztre allein kann aber unter keiner Bedingung dem Scheidungsausspruche nach S. 231 Grund schaffen, da sich immerhin tausend Zwischenfälle denken lassen, welche die Entfernung und mindestens die dauernde Abwesenheit als unverschuldet und nicht böslich zu rechtfertigen im Stande wären. Würde man, und dies ist nicht außer Acht zu lassen, unter besondern Umständen in der Art der Entfernung schon eine grobe Verunglimpfung finden können, so könnte die Scheidungsklage natürlich sogleich nach der Entfernung angestellt werden

und eine etwaige dreijährige Abwesenheit, ohne daß man Kunde vom Entwichenen erhalte, wäre hiezu nicht nöthig. Das Auswarten einer so vereigenschafteten dreijährigen Abwesenheit wäre dann um so zweckloser, als die blose Thatsache der Abwesenheit an unbekannten Orten an und für sich gewiß keine Verunglimpfung enthalten kann.

Alle die bisher entwickelten Gründe zusammen haben das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises bewogen, in mehreren Fällen die begehrte Anwendung des L.R.S. 231 auf Fälle der Abwesenheit eines Ehegatten als unstatthaft anzusehen. Urtheil vom 5. Februar 1850 Nro. 1877, II. Crim.-Sen.; vom 25. April 1851 Nro. 4922, I. Crim.-Sen.

Den bisher entwickelten Ansichten gegenüber dürfen, wie wir zum Schlusse bemerken zu müssen glauben, auch nicht die oft erörterten moralischen Nachtheile einer Ehe, deren Fortbestand entweder nur erzwungen wird, oder die gar factisch aufgelöset ist, entgegengehalten werden; denn sie können wohl den Gesetzgeber zur Aenderung der Gesetze niemals aber den Richter zur willkürlichen Beugung derselben veranlassen. Ueberdies ist in fraglicher Beziehung durch die Zulässigkeit der Ehescheidung auf wechselseitige Einwilligung in unseren Gesetzen wenigstens theilweise ein Ausweg geschaffen. R.

II.

Die Verbrechen des neuen Strafgesetzbuches, Begriff und Thatbestand.

(Fortsetzung. Siehe No. 11, 12, 18, 26, 27 und 30 dieses Jahrgangs.)

XXI.

§. 53.

Von der Fälschung.*) (Tit. XXX. des Str.G.B.)

Der Entwurf zu unserm Strafrecht hat die Fälschung und den Betrug als zwei Arten von Verbrechen betrachtet, die auf den Gattungsbegriff Betrug, als einer durch absichtlich hervorgebrachte Täuschung bewirkten Rechtsverletzung, zurückgeführt werden können.*)

Er hat jedoch nicht alle strafbaren Handlungen, welche unter diesen allgemeinen Begriff des Betruges im weitern Sinne fallen, in den Titel von der Fälschung aufgenommen, sondern mehrere derselben als: die Calumnie, die Verläumdung, den Betrug im engern Sinne, die Fälschung und den Betrug zur Beeinträchtigung von Familienrechten, die Münzfälschung und die Fälschung von Papiergeld, den Meineid, den Eides- und Handgelübdebruch, die Beschädigung durch Untreue, Verrath oder Verletzung von Geheimnissen und den Wucher zum Theil unter andere Rubriken gestellt, zum Theil als eigene Verbrechen ausgezeichnet, und denselben ihre besondere Stellung im Systeme des Gesetzbuches angewiesen.**)

Begriff.

Ueber den Begriff der Fälschung gibt uns der Entwurf nur insoweit Aufschluß, als er uns mit einigen Merkmalen bekannt macht, wodurch sie sich von dem Betruge (in engerer Bedeutung) unterscheidet.***)

Wir werden zu dem richtigen Begriffe dieses Verbrechens gelangen, wenn wir uns zuerst über die Begriffe

---

*) Es ist anerkannt, daß in der Darstellung der Lehre von Fälschung und Betrug ungeachtet der zum Theil in neuester Zeit gelieferten Erörterungen, keine Uebereinstimmung, insbesondere keine Klarheit der Begriffe herrscht. Auch unsere Strafgesetzgebung hatte mit diesem Uebelstande zu kampfen, der seinen Grund in der Verschiedenheit der einzelnen Fälle, für welche man einen allgemeinen Begriff bilden und der Quellen hat, woraus man ihn herleiten wollte; endlich nicht minder in der verschiedenen Art der Auffassung des Verbrechens als Verletzung des Rechtes auf Wahrheit, oder als Verletzung anderer Rechte.

H. Escher, die Lehre von dem strafbaren Betrug und von der Fälschung. 1810, §. 2, S. 4 und 314–320.

Birnbaum, Beitrag zur Lehre von Fälschung und Betrug im Crim.-Archiv n. F., J. 1834, S. 527 und ff.

Commiss.-Ber. des Abg. Aschbach No. 9, S. 2, §. 2.

*) Motive S. 117. Darum hätte, wie dieß auch in dem würtembergischen und in dem braunschweigischen Strafgesetzb. geschah, der Titel von dem Betruge dem Titel von der Fälschung vorangehen sollen. S. 2 des Com.-Ber. der 1. Kammer, erstattet von Gen.-Audit. Vogel.

Escher a. a. O. S. 322.

**) Motive S. 118–119. Darüber, daß manche derselben, insbesondere die Verläumdung, Prävarikation und der Meineid, mit Unrecht von Criminalisten und Gesetzgebern unter den Begriff des Betruges gestellt worden, s. Escher a. a. O. S. 250.

***) „Die Fälschung ist von dem Betrug unterschieden, einmal, weil das bei ihr angewendete Täuschungsmittel einen größern Zwang auf das Erkenntnißvermögen übt, dann weil sie durch Hervorbringung und entsprechenden Gebrauch des Täuschungsmittels vollendet ist, ohne daß es darauf ankommt, ob der Thäter den beabsichtigten Zweck erreicht hat oder nicht.“

Motive S. 119, Bem. zu §. 383 und 384 des Entw.

von Aechtheit, Unächtheit und Falschheit verständigen.

Acht ist das, was in Wirklichkeit und Wahrheit das ist, was es sein soll. So z. B. ist eine Urkunde ächt, wenn sie von der Hand des angeblichen Ausstellers geschrieben, oder unterschrieben ist. (§. 411 d. Pr. O.)

Unächt, was etwas anders als das ist, was es sein soll. (Z. B. ein Schuldschein, welcher nicht die Unterschrift des wahren Schuldners, beziehungsweise desjenigen, den er zur Aufstellung beauftragte, enthaltet.)

Falsch, was unächt ist, aber den Schein der Aechtheit an sich trägt. (Z. B. eine Urkunde, welche mit Unterschriften versehen ist, die der Handschrift jener Person, die sie unterzeichnet haben sollten, ähnlich sind, ohne jedoch deren wirkliche und wahre Unterschrift zu enthalten.

Hiernach begeht man eine Fälschung, indem man eine unächte Sache fertiget, und ihr (z. B. durch Nachahmung der Handschrift) den Schein der Aechtheit verschafft; eine Verfälschung, indem man auf gleiche Weise durch Veränderung der wahren Eigenschaften eine bereits gefertigte Sache (z. B. bei Urkunden durch Aenderung der Interpunctionen, Zahlen, Worte oder durch Radiren) mit dem Scheine der Aechtheit in eine unächte verwandelt.*)

Aber nicht jede Fälschung ist strafbar, sondern nur jene, die an den a) von dem Gesetz bezeichneten Gegenständen, b) zum Zwecke des Betruges in gewinnsüchtiger Absicht, c) oder zum Zwecke der Beschädigung ohne Gewinnsucht oder zu andern unerlaubten Zwecken verübt wird.

Mit dem Betrug (in der eigentlichen engern Bedeutung) hat die Fälschung den Zweck und die verbrecherische Absicht (zu gewinnen, oder zu beschädigen, sofort in der letztern Beziehung auch die Triebfedern: Bosheit oder Rachsucht)*) gemein. Dagegen sind die Mittel zum Zwecke, wiewohl sie in der Einwirkung auf das Erkenntnißvermögen durch Erweckung irriger Vorstellung bestehen, verschieden. Man betrügt durch Mittheilung unwahrer, und durch Entstellung oder Vorenthaltung wahrer Thatsachen, während man bei der Fälschung, beziehungsweise Verfälschung, die Täuschung durch unächte Sachen, welchen man den äußern Schein der Aechtheit beibringt, bewirkt.

Bei dem Betruge beschränkt sich die Rechtsverletzung auf Vermögensbeeinträchtigung. Die Fälschung enthält in den mehrsten Fällen zugleich einen Angriff auf öffentliche Treue und Glauben. Hieraus ergibt sich auch eine Verschiedenheit in Ansehung der Vollendung und in Ansehung des Gegenstandes.

Die Form hingegen ist bei beiden Verbrechen dieselbe. Sie besteht (im Gegensatz zu der Drohung mit körperlichen oder geistigen Uebeln, womit man unmittelbar auf den Willen Anderer einwirkt) in der mittelbaren Vergewaltigung des Willens durch Einwirkung auf das Erkenntnißvermögen.

Der angegebene Unterschied ist von der größten Wichtigkeit. Er genügt, um den Gesetzgeber zu schärfern Maaßregeln aufzufordern, und die Auffassung der Fälschung als ein besonderes mit höhern Strafen zu belegendes Verbrechen zu rechtfertigen. Nur zu oft wird man in Folge eines Uebermaaßes von Vertrauen in die Ehrlichkeit Anderer betrogen, oder in Folge einer Leichtgläubigkeit, für welche es keine Entschuldigungsgründe gibt. Gegen den Falsarius, der uns Schwarz auf Weiß in die Hände liefert, schützt bei der Höhe, auf welche die schlechte Kunst der Nachahmung getrieben ist, und bei der Verbreitung, welche sie gewonnen hat, keine Vorsicht und keine Klugheit.

Der Betrug trifft nur den, der sich betrügen ließ,

---

*) „Falschheit, durch welche der Schein an die Stelle des Seyenden, die Unwahrheit in Gestalt der Wahrheit an deren Stelle gesetzt wird.

Abegg a. a. O. §. 1[illegible].

v. Feuerbach a. a. O., Note 2 des Herausg. „Fälschung im heutigen Sinne ist die durch Nachahmung oder Veränderung von Gegenständen, die als Grundlage des öffentlichen Glaubens oder als Mittel der Begründung von Rechten und Verbindlichkeiten gelten, oder durch Unterdrückung solcher Gegenstände verübte Täuschung mit der Absicht, am Vermögen oder Familienstand Andere zu beschädigen oder die nach den Staatseinrichtungen an die Aechtheit gewisser Gegenstände geknüpften Vortheile zu erlangen."

Der Schuldner, welcher, um seinen Gläubiger zu täuschen und zu beschädigen, seine eigene Handschrift künstlich verändert, produzirt damit etwas unächtes, allein er macht sich dadurch wohl eines Betruges, keineswegs aber einer Fälschung oder Verfälschung schuldig. In gleichem Verhältniß steht der Mandatar, wenn er, um sich über eine Zahlung auszuweisen, der Quittung die Unterschrift des betreffenden Gläubigers beisetzt, ohne dieser Unterschrift durch Nachahmung der Handzüge des Letztern den Schein der Aechtheit zu geben.

*) Mit Recht hat der Gesetzgeber angenommen, daß bloser Muthwille nicht die Quelle dieses einen höhern Grad sittlicher Verdorbenheit verrathenden Verbrechens sein könne. (Vergl. §. 575.)

die Fälschung mißbraucht zu ihren Zwecken die richterliche Hilfe; sie trifft, wenn die falsche Sache in Verkehr gebracht ist, Dritte. Sie ist nicht selten die Quelle der verwickeltesten Processe, welche mit den empfindlichsten Verlusten für zahlreiche in den Streit gezogene — an dem Verbrechen ganz schuldlose — Parteien enden. *)

Die Fälle, welche in diesem Titel mit Strafe bedroht werden, beschränken sich

1) auf die Fälschung — beziehungsweise Verfälschung — von öffentlichen und Privaturkunden. (§. 423, 425, 428, 429, 430, 432, 433, 435 des Str.G.B.)
2) Fälschung von Grenzsteinen und Zeichen der Wasserberechtigung. (§. 438 u. 439 d. Str.G.B.)
3) Fälschung von Stempelpapier, Maaß und Gewicht. (§ 442, 440 und 441 das.)
4) Fälschung von Gold- und Silberwaaren, von Sigeln und Stempeln. (§. 446 u. 447 das.)

Hiezu kommen sodann noch Handlungen, welche keine Fälschung sind, aber von der Strafe der Fälschung getroffen werden: **)

5) Die Bewirkung der Aufnahme ächter öffentlicher Urkunden mit unwahrem Inhalt. (§. 427 das.)
6) Die Fälschung einer öffentlichen Urkunde, um Beweismittel über wahre Thatsachen zu erhalten. (§. 428 das.)
7) Der Gebrauch falscher Urkunden (§. 436 u. 437 das.) und fremder Waarenstempel oder Fabrikzeichen. (§. 444 das.)
8) Die betrügliche Ausfüllung von Blanketten. (§. 434 das.)

§. 54.

A. Von der eigentlichen Fälschung.

1) Fälschung von Urkunden.

a) Fälschung öffentlicher Urkunden aus Gewinnsucht.

§. 423. „Wer zum Zwecke der Verübung eines Betrugs in gewinnsüchtiger Absicht, insbesondere zur betrüglichen Begründung, oder Entkräftung von Rechtsansprüchen, eine falsche öffentliche Urkunde fertigt, oder eine ächte öffentliche Urkunde verfälscht, und davon, als von einer ächten, zum vorgesetzten Zwecke Gebrauch macht, wird wegen Fälschung ꝛc. in leichteren Fällen ꝛc.

Thatbestand.

Die Subsumtion einer Handlung unter diese Strafbestimmung erfordert:

Erstens: Als Gegenstand eine bereits gefertigte, oder noch zu fertigende öffentliche Urkunde.

Zweitens: Als Subjekt eine Person, welche die Fälschung nicht nur verübt, sondern von dem von ihr hervorgebrachten falschen Werke auch wirklich Gebrauch macht.

Drittens: Die betrügliche Begründung oder Entkräftung von Rechtsansprüchen als nächsten Zweck des Unternehmens; endlich

Viertens: Gewinnsüchtige Absicht — als Hauptmotiv desselben.

---

*) Die Täuschung ist nur ein in dem Täuschungsmittel ausgezeichneter Betrug: Das Mitlet der Täuschung besteht nämlich hierbei in einer Sache, welcher durch Nachahmung oder Veränderung der Schein einer ächten gegeben wird. Das Wesen der Fälschung liegt also in dem Hervorbringen eines bleibenden objectiven falschen Erkenntnißgrundes, welcher durch sich selbst für die Zwecke des Handelnden fortwirken kann.

Gerade in diesem Umstande liegt aber bei der Fälschung die größere Gewalt der Täuschung. Denn was man mit seinen Sinnen wahrnimmt, glaubt man weit eher, als was mit Worten versichert wird. Die Fälschung übt also einen größern Zwang an dem Erkenntnißvermögen des Andern, sie bewirkt diesen zunächst und meistens unmittelbar mit der sinnlichen Auffassung, während bei den andern Betrugsmitteln durch die Berechnung und Kunst des täuschenden Verhaltens oder der Ueberredung das Urtheilsvermögen berückt wird, und der täuschende Erfolg sich erst durch die entsprechende Handlung des Getäuschten äußerlich kundgibt.

Darin liegt auch bei der Fälschung der Grund der größern Gefährlichkeit und der größern Strafbarkeit, so wie auch der Grund, dieses Vergehen schon als vollendet angesehen, entweder mit der Hervorbringung des falschen Gegenstandes, oder doch mit dem Augenblick, wo in betrügerischer Absicht davon Gebrauch gemacht worden ist, denn der falsche Schein wirkt von selbst, und kann weiter und gefährlicher wirken, als der Fälscher es selbst wollte."

Aschbach, Comm.-Ber. S. 8 und 9.

v. Feuerbach a. a. O. §. 415, No. 4 des Herausg.

**) Falsum impropr. S. quasi falsum. L. 16, §. 2 D. h. t. v. Jagemann (das neue badische Strafgesetzbuch J. 1851) unterscheidet in seiner systematischen Uebersicht zu diesem Titel: die Fälschung gerichtet 1) gegen öffentliche Gewährschaften der Treue, 2) gegen privative Gewährschaften derselben. Zu den letztern zählt er: a) die Fälschung von Privaturkunden, b) von Handlungsbüchern, c) Wechseln ꝛc., d) von Aechtheitszeichen an unächtem Gold und Silber, e) Fälschung von Waarenstempeln und Fabrikzeichen, sodann f) von Wechsel- und Handelsstempel. S. 170–171.

„Eine öffentliche Urkunde ist diejenige, die von solchen öffentlichen Beamten, welche an dem Ort des Geschäftes zu beurkunden berechtiget sind, mit den erforderlichen Feierlichkeiten verfaßt worden.“ (L.R S. 1377.)

Der Ausdruck: „Urkunde“ umfaßt hier alle (öffentlichen) schriftlichen Fertigungen und Ausfertigungen, welche als Beweismittel über Rechte, Verbindlichkeiten und als Beglaubigung von Thatsachen gelten, gleichviel ob sie allein oder in Verbindung mit andern Täuschungsmitteln zum Zwecke des Betruges benützt werden. *)

Auch mangelhafte Urkunden, welche nur den Anfang eines schriftlichen Beweises liefern (L.R.S. 1318, 1336, 1347), ja sogar solche, welche ihrer innern oder äußeren Gebrechen wegen völlig beweislos und rechtlich unwirksam sind, können Gegenstand der Fälschung sein; z. B. die Unterschrift eines Minderjährigen auf einem Wechsel, der Schuldschein eines Mundtodten oder Entmündigten

Ist eine Fälschung so beschaffen, daß sie, als Täuschungsmittel betrachtet, schlechterdings erfolglos bleiben muß, oder trifft sie einen Gegenstand, an welchem die Verübung des Verbrechens der Fälschung überhaupt unmöglich ist, so kann nur das Verbrechen des nicht beendigten Versuches in Frage stehen, z. B. die Fälschung eines eigenhändigen letzten Willens mit Hinweglassung der Unterschrift. Urkunden dieser Art ermangeln jedes äußern Scheines der Aechtheit: man kann durch die Fertigung und den Gebrauch derselben Andere weder betrügen noch beschädigen, demnach das Hauptverbrechen nicht verüben. **) (Man vergl. die §. 110 und 111, den Versuch mit untauglichen Mitteln und an Gegenständen, woran das Verbrechen nicht möglich ist, betr.)

Eben so wenig kann jene Veränderung, welche im Interesse des Rechtes und der Wahrheit, oder zum Nachtheil ihres Urhebers geschieht, insoweit die Gesetze nicht ausdrücklich eine Ausnahme hievon statuiren, als Fälschung betrachtet werden. Z. B. ich verwandle zu meinem Vortheil in einem Schuldschein die Zahl 110 in 100, oder die Gulden (fl.) in Franken (fr.), oder umgekehrt zu meinem Nachtheil die Zahl 100 in 110, weil der ursprüngliche Ansatz unrichtig ist, und auf einem Schreibfehler beruht. (Man vergl. die §§. 428, 434, 438, 439 des Str.Gesetzbuchs.)

Der Fälschung öffentlicher Urkunden wird die Fälschung von Handelszetteln, gezogenen Wechseln von Handelsleuten, und eigenhändigen letzten Willensverordnungen gleichgestellt.

> „Die Fertigung falscher, oder die Verfälschung ächter Handelszettel, gezogener Wechsel von Handelsleuten, oder eigenhändiger letzter Willensverordnungen wird gleich der Fälschung öffentlicher Urkunden bestraft. (§. 432.) *)

Die Fälschung ist durch das blose Hervorbringen des ihr eigenen Täuschungsmittels und den dem verbrecherischen Unternehmen entsprechenden Gebrauch desselben vollendet. Das Wort „Gebrauch“ ist übrigens im ausgedehntern Sinne zu verstehen. **)

Die Frage: ob die Fertigung einer falschen Urkunde, oder die Verfälschung einer ächten zum Zwecke des Betruges und in gewinnsüchtiger Absicht (beziehungsweise der Besitz einer falschen Urkunde), sofern der Gebrauch nicht hinzutritt, als eine Handlung, wodurch die Ausführung des Verbrechens erst vorbereitet, oder als eine solche anzusehen sei, wodurch mit der Ausführung der Anfang gemacht wird, so wie die weitere Frage: ob ein Dritter, der das Falsum hervorbringt und sich bezüglich auf den Gebrauch mit demjenigen, dem er solches abliefert, in Verkehr setzt, Miturheber, Anstifter oder Gehilfe, ferner ob er Theilnehmer am Hauptverbrechen oder am Versuche sei, läßt sich mittelst Anwendung der allgemeinen Grundsätze in concreten Fällen leicht beantworten.

Unrichtig aber ist die in den Motiven im Allgemeinen ausgesprochene Ansicht, daß derjenige, welcher für einen Andern gegen Bezahlung eine falsche

*) „Wer also zur Begehung eines Betruges unter Vorzeigung eines falschen Passes, eine falsche Persönlichkeit annimmt und dadurch auf Kredit einen Handel abschließt, den er sonst nicht würde zu Stande gebracht haben, soll nicht als Betrüger, sondern als Fälscher einer öffenlichen Urkunde gestraft werden, selbst wenn der Handel noch nicht zum Vollzuge gekommen ist.“ Aschbach, Commiss.-Bericht S. 11, Motive zu §. 389 des Entw.

**) Escher a. a. O. S. 363: „Nicht jeder Mangel schließt die Möglichkeit der Beschädigung aus, sondern nur derjenige, welcher nicht unentdeckt oder ungerügt bleiben kann.

*) Ueber die Gründe der höhern Strafbarkeit dieser Privaturkunden s. die Bemerkungen des Abgeordneten Aschbach zu dem §. 392 des Entwurfs S. 14 und 15 des Commiss.-Ber.

**) Motive S. 119, Commiss.-Ber. der ersten Kammer (Vogel) Bemerk. zu §. 383 des Entw.

Urkunde fertiget, als falsarius behandelt werden müsse. *)

Vor Allem darf man den Unterschied zwischen einer unächten und einer falschen Urkunde nicht übersehen. Im gemeinen Leben werden diese Begriffe häufig verwechselt. Es ist keine falsche Urkunde, wenn ich zum Nachtheil meiner Geschwister für meinen Bruder ein Testament fertige, in welchem ich mich zum ausschließlichen Erben seiner Verlassenschaft einsetze, vorausgesetzt, daß ich das Testament eigenhändig geschrieben und unterschrieben habe, und daß meine Schrift mit jener meines Bruders keine Aehnlichkeit hat, eine solche von mir auch wirklich nicht hervorgebracht werden wollte. **)

b) Fälschung öffentlicher Urkunden zur Beschädigung ohne Gewinnsucht.

§. 425. „Wer zur Beschädigung eines Andern ohne gewinnsüchtige Absicht eine falsche öffentliche Urkunde fertigt, oder eine ächte öffentliche Urkunde verfälscht und davon, als von einer ächten, Gebrauch macht ꝛc.“

An die Stelle des oben (lit. a. sub. „Drittens“) bezeichneten Zweckes tritt hier die „Beschädigung“ als Zweck der Handlung und es wird damit zugleich die „gewinnsüchtige Absicht,“ welche nur bei der Fälschung (sub. lit. a.) vorwalten kann, ausgeschlossen.

„Die Beschädigung bezieht sich nicht blos auf Vermögensrechte, sondern auf Rechte jeder Art, deren Verletzung nicht ein eigenes höher oder geringer bestraftes Verbrechen bildet.“ (Motive S. 120. Bem. zu §. 385 des Entw.)

---

*) Aschbach, Commiss.-Ber. S. 10, Bemerk. zu §. 383 des Entw.

Vogel, Commiss.-Ber. S. 3, Bemerk. zu §. 391 des Entw.

Trefurt, Commiss.-Ber. S. 280, Bemerk. zu §. 391 a.

**) „Wenn von dem blosen Vorgeben von Thatsachen die Rede ist, so kann es keinen Unterschied machen, ob solche mündlich oder schriftlich einem Andern mitgetheilt worden; in einem wie in dem andern Fall wird ja nicht auf objective, sondern nur auf subjective Täuschung hingewirkt.“

Aschbach, Commiss.-Ber. S. 10.

Die Unterdrückung einer Urkunde, gleichviel ob aus gewinnsüchtiger Absicht oder zur Beschädigung Anderer, ist unter den Betrug gestellt. (§. 459 d. Str.G.B.)

Ueber Fälschung durch eine Bande s. d. §. 44 der Schr. alleg. §. 481 des Str.G.B. Im Allgemeinen gibt über die Frage: welche Fälle gehören zu den leichten, und welche zu den schweren? der §. 424 das. Aufschluß.

c) Fälschung von Zeugnissen, Pässen u. s. w.

§. 429. „Derjenige, der zu andern unerlaubten Zwecken, als den in den §§. 423 und 425 bezeichneten, falsche öffentliche Zeugnisse, Wanderbücher, Pässe, Reiserouten, Gesindebücher oder andere öffentliche Urkunden fertigt oder ächte verfälscht, und zu jenen Zwecken Gebrauch davon macht.“

Diese Fälschung unterscheidet sich von jener sub. a. u. b. lediglich dadurch, daß sie zu andern Zwecken geschieht. Der Zweck muß ein unerlaubter, d. i. ein solcher sein, dessen Herbeiführung durch specielle, in das Polizeirecht, Strafrecht, Privat- oder öffentliche Recht einschlagende Gesetze untersagt ist, oder wodurch, abgesehen von dieser Seite ihrer Strafbarkeit, Andern ein empfindliches Unrecht zugefügt wird. Z. B. die Fälschung eines Leumundszeugnisses, um die bürgerliche Aufnahme in einer Gemeinde durchzusetzen, oder eines Vermögenszeugnisses, um Jemanden zur Eingehung der Ehe zu bewegen, oder eines Gesindebuches in der Absicht einem Andern den guten Namen, oder eines Taufscheins, um sich der Milizpflichtigkeit zu entziehen. (Man vergl. die §§. 474 und 475 des Str G.B.) *)

Geschah die Fälschung solcher Urkunden wirklich zum Zweck des Betruges aus Gewinnsucht, oder zum Zwecke der Beschädigung ohne Gewinnsucht, so fällt sie unter die §§. 423 und 425, da, wie schon oben bemerkt worden, das Wort: „Urkunde“ in der weitern Bedeutung aufgefaßt ist. **)

d) Fälschung von Privaturkunden.

§. 430. „Wer falsche Privaturkunden fertigt oder ächte verfälscht, und davon, als von ächten, Gebrauch macht ꝛc.“

Die Fälschung von Privaturkunden unterscheidet sich von der Fälschung öffentlicher Urkunden nur durch den Gegenstand. In den innern Merkmalen der Fälschung zeigt

---

*) Man vergl. den §. 48 a. unseres Str.Gb. v. J. 1806:

„Urkundenverfälschungen, welche ohne bezweckende Rechtsbeugung, oder ohne Intention, daraus einen unmittelbaren Geldvortheil zu ziehen, und nur die Absicht haben, sich solche Staatsvortheile zu verschaffen, wozu man die vorgeschriebenen Bedingungen nicht erfüllt hat, z. E. falsche Kundschaften, Geburtsbriefe, Pässe u. s. w.

**) Aschbach, Commiss.-Ber. S. 14, Bemerk. zu §. 389 des Entw.

Motive S. 121.

sich nicht die entfernteste Verschiedenheit. Man kann sie daher nicht als eine eigentliche Species der Urkundenfälschung, sondern nur als einen Fälschungsfall betrachten, welcher mit einer besondern Strafe bedroht ist.

Die Vorzüge, welche das Landrecht der öffentlichen Urkunde bezüglich auf die Beweiskraft einräumt *), und das allgemeine Vertrauen, welches hier an den Gegenstand geknüpft ist, begründen eine höhere Strafbarkeit des Frevels, welcher mit diesen Urkunden getrieben wird. Dies ist der Gesichtspunkt, welcher eine Trennung der Fälschung dem Gegenstande nach auch in Ansehung der Urkundenfälschung zur Folge hatte. An dem Begriffe der Fälschung selbst, wie sich derselbe aus den §§. 423 und 425 ergibt, wird dadurch nicht das Mindeste verändert. Es kommen daher die gleichen Grundsätze zur Anwendung.

Das Gesetz unterscheidet bei Privaturkunden wie bei den öffentlichen Urkunden, die Fälschung aus Gewinnsucht zum Zwecke des **Betruges**, und die Fälschung ohne Gewinnsucht zum Zwecke der **Beschädigung**. Für jede derselben ist ein besonderes Strafmaaß festgesetzt; für die erstere besteht noch eine weitere Eintheilung in α) **leichtere** und β) **schwerere Fälle**. In die Categorie des letztern gehören jene Fälschungen von Privaturkunden, mittelst welcher man der Privaturkunde den Schein einer öffentlichen Urkunde beizulegen sucht, und bei welcher mithin z. B. durch Mißbrauch der öffentlichen Sigel rc. eine Verletzung der Prärogativen öffentlicher Behörden statt hat.

Im Allgemeinen liefert der §. 424 den Maaßstab zur Ausmessung der Strafe. **)

Zu den Privaturkunden gehören auch die **Handelsbücher**.

§. 433. „**Wer in seine Handlungsbücher in Fällen, wo solche nach den Gesetzen vom Richter als Beweismittel für ihn zugelassen werden können, falsche Einträge macht, und sie zur betrüglichen Begründung oder Entkräftung von Rechtsansprüchen gebraucht, wird als schuldig der Fälschung von Privaturkunden bestraft.**“

*) **Aschbach**, Commiss.-Ber., Bemerk. zu den §§. 383 und 390 des Entw. S. 10 und 14.

) „Die Strafe kann steigen, wenn die That mit besonderer **List und **Feinheit** angelegt und ausgeführt und dadurch ein besonders großer **Schaden** verursacht worden ist. Vergl. den §. 482, eine Fälscherbande betr.“

e) **Fälschung von Staatspapieren.**

§. 435. „**Wer falsche inländische oder ausländische Staatspapiere fertigt oder ächte verfälscht, wird, wenn er die von ihm gefertigten oder verfälschten Papiere bereits ausgegeben hat, mit Zuchthaus bis zu zwölf Jahren bestraft, oder wenn er von den Papieren noch nichts ausgegeben hat** rc.“

„Unter Staatspapieren sind alle vom Staate ausgegebenen öffentlichen Kreditpapiere zu verstehen, wofür der Staat mit seinem ganzen Vermögen bürgt, und die daher so großes Vertrauen erlangen können wie baares Geld, ja oft noch gesuchter sind. Die Fälschung solcher Papiere ist für den öffentlichen Credit, wegen ihres Umsatzes im Handel und allgemeinem Verkehr und wegen der größern Summen, welche sie sicherstellen, im höchsten Grad gefährlich, in gleicher Weise und in gleichem Grade, wie die Münzfälschung. Eine große Gefahr ist schon vorhanden, so wie die falschen Papiere fertig sind; denn, gleich dem fertigen falschen Gelde, können diese Papiere alsdann, selbst wenn sie auf einen Inhaber lauten, leicht in den Verkehr kommen, namentlich durch die Erben des Fertigers.“ *)

In der Gefährlichkeit, welche diese Art der Fälschung von Urkunden auszeichnet, und in der nahen Verwandtschaft dieses Gegenstandes mit dem eigentlichen Papiergeld liegt der Grund, weßhalb der Gesetzgeber eine besondere Strafbestimmung für diese Fälschung erlassen hat. **)

Unter Staatspapieren versteht man hier jene schriftlichen Ausfertigungen des Staates, wodurch sich derselbe zu einer Capital- oder Zinsenschuld verpflichtet, ohne daß jedoch diese Papiere als Austauschungsmittel für den all-

*) **Aschbach**, Commiss.-Ber., Bemerk. zu §. 395 des Entw. S. 15.

**) Nach dem innern Zusammenhang der gesetzlichen Bestimmungen über die Urkundenfälschung gibt es nur drei Arten solcher Fälschungen:

1) Die Fälschung aus gewinnsüchtiger Absicht zum Zwecke des Betruges.
2) Die Fälschung ohne gewinnsüchtige Absicht zum Zwecke der Beschädigung.
3) Die Fälschung zu andern als den sub. 1) und 2) bezeichneten unerlaubten Zwecken.

Die Fälschungsfälle der §§. 423, 425, 430 und 435 sind unter 1 u. 2 begriffen; jene des § 429 sub. 3) bilden eine eigene Species.

gemeinen Verkehr (wie das Papiergeld §. 522 d. Str.G.B.) gelten sollen.

Die Strafbestimmung erstreckt sich auch auf die auf Inhaber gestellten Papiere. *)

Der Thatbestand ist durch die an dem Gegenstande verübte Fälschung erschöpft. Des Gebrauches (Ausgebens) bedarf es bei dieser Fälschung nicht, wiewohl durch das Hinzutreten dieses Erschwerungsgrundes die Strafbarkeit der That erhöht wird. **)

2) Fälschung von Grenzsteinen und von Zeichen der Wasserberechtigung.

§. 438. „Wer absichtlich ächte Grenzsteine unkenntlich macht, verrückt oder wegschaft, oder falsche setzt, wird, wenn es zur betrüglichen Begründung oder Entkräftung von Liegenschaftsansprüchen geschah — in schwereren Fällen — und wenn es zur Beschädigung eines Andern ohne gewinnsüchtige Absicht geschah, oder auch nur um sich über die wahre Grenze ein Beweismittel zu verschaffen rc."

Diese Fälschung unterscheidet sich von der Fälschung öffentlicher und Privaturkunden aus gewinnsüchtiger Absicht zum Zwecke des Betruges und von der Fälschung solcher Urkunden ohne gewinnsüchtige Absicht zum Zwecke der Beschädigung:

1) In Ansehung des Gegenstandes.
2) In Ansehung der Mittel, indem auch die Unterdrückung (Wegschaffung) der Sache als Fälschungsmittel bezeichnet ist.
3) In Ansehung der Ansprüche, welche man durch die Anwendung des Mittels begründen oder entkräften will.
4) In Ansehung des Merkmales der gewinnsüchtigen Absicht, indem das Gesetz auch in dem Falle, wo der Thäter nur die Absicht hat, sich über die wahre Grenze ein Beweismittel zu verschaffen, wo also der anim. lucri fac. augenscheinlich nicht vorliegt, die Handlung mit Strafe bedroht.
5) In Ansehung des Merkmales der Vollendung.

Der Ausdruck: „absichtlich" ist hier unrichtig gewählt; statt dessen sollte es (wie in dem Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Hessen Art. 430) „vorsätzlich" heißen.

Als schwerere Fälle dürften jene Fälschungen zu betrachten sein, welche mit dem Mißbrauche eines Zeichens der öffentlichen Autorität verknüpft sind.

Im Allgemeinen richtet sich auch hier das Maaß der Strafe nach der Größe des Schadens, welcher verursacht wurde (beziehungsweise verursacht werden wollte), und nach dem höhern oder geringern Grade der Gefährlichkeit, welche sich in der Art und Weise der Ausführung des Verbrechens kund gibt.

Man vergl. den §. 482 des Str.G.B.

(Schluß folgt.)

*) Trefurt a. a. O. Bemerk. zu §. 395 des Entw. S. 281. Vogel, Commiss.-Ber. der ersten Kammer No. 6 S. 5.

**) Motive zu §. 395 des Entw. S. 122.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. | No. 41. | Mannheim, 11. October 1851.

I.

Die Verbrechen des neuen Strafgesetzbuches, Begriff und Thatbestand.

(Schluß.)

§. 439. „Wer obrigkeitlich errichtete Zeichen des Umfangs oder Maßes einer Wasserberechtigung absichtlich verändert, oder wegschafft, oder falsche errichtet, wird, wenn es zur betrüglichen Begründung oder Entkräftung von Ansprüchen auf solche Berechtigung geschah, — und wenn es zur Beschädigung eines Andern ohne gewinnsüchtige Absicht geschah, oder auch nur, um sich über seine bestehende Berechtigung ein Beweismittel zu verschaffen rc."

Die Fälschung anderer durch die Obrigkeit nicht errichteter Zeichen der Wasserberechtigung ist in den Titel: von dem Betruge — verwiesen. *)

Aus den Motiven zu dem Reg.-Entwurf **) und aus der Stelle „um sich über seine bestehende Berechtigung ein Beweismittel zu verschaffen," geht übrigens unverkennbar hervor, daß es in der Absicht des Gesetzgebers lag, die Integrität der Grenzsteine und der Zeichen der Wasserberechtigung an und für sich, also abgesehen von der Vermögensbeeinträchtigung, sicher zu stellen; denn wenn er die Veränderung derselben zu einem Zwecke, zu dessen Erreichung die Obrigkeit selbst dem Thäter hülfreiche Hand leisten muß, wenn er die Verwandlung eines unrechtmäßigen Zustandes in einen rechtmäßigen, sofern sie durch Fälschung bewirkt wird, für strafbar hält, so ist wohl irgend eine andere Veränderung nicht gedenkbar, die ihm als unstrafbar erscheinen könnte.

Ist aber diese Ansicht richtig, so bedarf es einer Einschaltung, um den Sinn des Gesetzes herzustellen. Es müßte nämlich der §. folgende Fassung erhalten:

„wenn es zur Beschädigung eines Andern ohne gewinnsüchtige Absicht, oder zu irgend einem andern Zwecke, selbst auch nur, um u. s. f."

Beide Fälschungen sind mit der bloßen Ausführung der Fälschung an den bezeichneten Objecten vollendet, ohne daß es hiezu der Beschädigung eines Andern als Erfolg bedarf, oder auf die Absicht des Thäters, (d. i., auf den entferntern Zweck des Handelnden) ankömmt, wiewohl die Absicht, in welcher die Fälschung geschah, abgesehen von der Frage der Vollendung des Verbrechens, einen entscheidenden Einfluß auf das Maß der Strafe übt.

---

*) Aschbach a. a. O., Bemerk. zu §. 400 des Entw., S. 17. M. v. §. 450 Str.G.B.

**) Motive, Bem. zu §. 399 des Entw. „Die Schärfung der Freiheitsstrafe, die hier für alle Fälle verordnet ist, entspricht der (auch in dem Str.-Gb. §. 51 geachteten) Volksansicht, die dem Grenzstein eine besondere Heiligkeit beilegt."

Aschbach, Bem. zu §. 399, Comm.-Ber. S. 17.

Der Ansicht des letztern, daß diese Heiligkeit nur den unter öffentlicher Autorität gesetzten Grenzen zukomme, daß also nur diese als Gegenstand der Grenzfälschung anzusehen seien, kann ich nicht beipflichten. Nach dem gem. Recht, welches auch die Grundlage unseres Str.-Gb. bildete, waren die durch Privatübereinkunft gesetzten Grenzen (Grenzsteine, Merkmale) von dem gesetzlichen Begriffe der Fälschung nicht ausgeschlossen, die Aufnahme derselben in den Begriff hatte vielmehr die Eintheilung in einfache und qualifizirte Grenzfälschung zur Folge. Daß der Reg.-Entw. von dergleichen durch die Kammern nicht desavouirten Ansicht ausging, muß man annehmen, weil sie sich in ihren Motiven auf die frühere Gesetzgebung berief, und weil der §. 438 schlechthin von Grenzen spricht, ohne jenes Unterschiedes zu erwähnen, der ihr, wie der §. 439 zeigt, keineswegs entgangen ist. „Wer ächte Grenzsteine rc." sagt der Entw. §. 399 und mit denselben Worten beginnt der § 438 des Gesetzbuches.

3. Fälschung von Stempelpapier, Maß und Gewicht.

§. 440. „Wer falsches Stempelpapier fertigt, oder ächtes verfälscht, und davon als von ächtem Gebrauch macht, oder an Andere absetzt, oder wer wissentlich mit falschem oder verfälschtem Stempelpapier, welches ein Anderer gefertigt oder verfälscht hat, Handel treibt, wird rc.“

§. 441. „Wer sich bei Ausübung seines Gewerbes gestempelten unrichtigen Maßes oder Gewichts, oder unrichtiger, als richtig bezeichneter Waagen betrüglich bedient, oder gestempeltes Maß oder Gewicht, oder als ächt bezeichnete Waagen verfälscht, und davon bei Ausübung seines Gewerbes betrüglichen Gebrauch macht, wird rc.“

Die Fälschung von Stempelpapier wird der Fälschung einer öffentlichen Urkunde aus gewinnsüchtiger Absicht gleich geachtet. *)

Sie unterscheidet sich von der letztern a) in Ansehung des Gegenstandes, b) dadurch, daß es für den Begriff gleichviel ist, ob der Thäter selbst oder ein Anderer das falsche oder verfälschte Stempelpapier gefertigt hat. Es ist auch hier ein zum Thatbestande wesentliches Erforderniß, daß von der unächten Sache als von einer ächten Gebrauch gemacht worden, und daß dies wissentlich geschehen.

Das „wissentlich“ bezieht sich auf den Fall, wo ein Anderer das Stempelpapier verfälscht hat. Dabei versteht es sich von selbst, daß man auch bei dieser Fälschung den Vorsatz unterstellen muß, wenn gleich der §. 440 desselben nicht erwähnt, weil überhaupt die Annahme einer culpa der Natur des Verbrechens der Fälschung widerstrebt, und ihr überdies der §. 102 des Strafges.-B. entgegensteht.

Der Gebrauch bildet das Merkmal der Vollendung.

Die Fälschung an Maß und Gewicht erfordert insbesondere betrüglichen Gebrauch, d. i. einen solchen, wodurch die Verleitung eines Andern zu einer sein Vermögen beschädigenden Handlung bezweckt wird, gleichviel ob in der Absicht, sich einen Gewinn zu verschaffen, oder in der Absicht, einen Andern zu beschädigen, (§. 450 u. 458 des Strafges.-B.) Ein Gebrauch, mit welchem dieser Zweck nicht verbunden ist, z. B. wenn man den Andern davon, daß man sich eines unrichtigen Maßes oder Gewichtes bediene, verständiget, oder das Mißverhältniß durch Herabsetzung des Preises ausgleicht, schließt den Begriff der Fälschung an Maß und Gewicht aus, sei es auch, daß der Thäter wirklich in gewinnsüchtiger Absicht, z. B. um seine Kundschaften durch den Schein einer billigen Behandlung derselben zu vermehren, sich eines gestempelten unrichtigen Maßes oder Gewichts rc. bei Ausübung seines Gewerbes bedient hat.

4. Fälschung von Gold- und Silberwaaren, Siegeln und Stempeln.

§. 442. „Wer Waaren von künstlich nachgemachtem, unächtem Gold oder Silber, welche fälschlich mit dem öffentlichen Zeichen der Aechtheit versehen sind, oder Gold- oder Silberwaaren, deren Gehalt fälschlich mittelst des öffentlichen Zeichens zu hoch angegeben ist, fertigt und absetzt, oder solche Waaren, welche ein Anderer verfertiget hat, wissentlich und betrügerischer Weise als ächt oder probehaltig absetzt rc.

§. 446. „Wer öffentliche Siegel, oder wer Stempel, die zur Bezeichnung von Wechseln oder Handelszetteln, oder von (nicht vom Staat ausgegebenen) Papieren auf Inhaber bestimmt sind, unbefugter Weise fertigt, nachmacht, oder rechtswidrig sich zueignet, wird mit Gefängniß bis zu sechs Monaten bestraft, und wenn er diese Siegel oder Stempel, oder ächte, ihm anvertraute Siegel oder Stempel unter Umständen, unter welchen ein Mißbrauch derselben zu Fälschungen als leicht möglich erscheint, unbefugter Weise an Andere abgibt rc.“

§. 447. „Wurden die im vorhergehenden §. 446 bezeichnete Handlungen an öffentlichen, zur Bezeichnung von Staatspapieren oder von Gold- und Silberwaaren bestimmten Stempeln, oder an dem

*) Motive zu §. 401 des Entw. S. 123.

zur Fertigung von Staatspapieren bestimmten Papier, oder den dazu bestimmten Formen oder Platten verübt, so werden die dort gedrohten Strafen bis zum Doppelten erhöht. Sie werden um die Hälfte herabgesetzt, wenn die That an Waldhämmern, Stempeln für Maß oder Gewicht, oder an andern öffentlichen Stempeln begangen wurde."

Die Fälschung von Gold- und Silberwaaren unterscheidet sich von der Fälschung von Stempelpapier nur in Ansehung des Gegenstandes. Der Gebrauch (Absatz) kann, wie bei der Fälschung an Maß und Gewicht, ein betrüglicher sein. Es gelten, bezüglich auf die Frage der Vollendung dieselben Grundsätze, welche bei der letzten Fälschung entscheidend sind, während bei der Fälschung von Siegeln ꝛc., das Verbrechen mit der Verübung der einen mit Strafe bedrohten Handlung, demnach mit dem unbefugten Fertigen (Nachmachen) rechtswidrigen Zueignen oder Abgeben an Andere unter den vom Gesetz bezeichneten Umständen als vollendet *) anzusehen ist; gleich der Fälschung von Grenzsteinen und Zeichen der Wasserberechtigung.

Es genügt, daß durch die §§. 446 und 447 bezeichneten Handlungen das öffentliche Interesse unmittelbar bedroht und beeinträchtiget wird, und daß der Handelnde hiemit einen Zweck verfolgt, welcher nicht minder strafbar ist, als die §§. 423 und 425 benannten Zwecke, durch deren Verfolgung die Vermögensrechte Anderer gefährdet und verletzt werden.

§. 55.

B. Von der uneigentlichen Fälschung.

5. Bewirkung der Aufnahme ächter öffentlicher Urkunden mit unwahrem Inhalt.

§. 428. „Die in den vorhergehenden §§. 423 bis 425 gedrohten Strafen treffen auch Denjenigen, der durch wissentlich falsche Erklärungen die Errichtung von ächten öffentlichen Urkunden mit unwahrem Inhalt bewirkt, und zu einem der dort bezeichneten Zwecke davon Gebrauch gemacht hat."

Es müssen hier folgende objective und subjective Momente zusammentreffen:

a) eine ächte öffentliche Urkunde, deren Inhalt unwahr ist;

b) ein Angeschuldigter, welcher durch seine mit dem wirklichen Bewußtsein der Unwahrheit abgegebene Erklärung die Errichtung jener Urkunde bewirkt, (Causalverbindung) und

c) davon zum Zweck des Betruges oder der Beschädigung Anderer Gebrauch macht.

Der Gesetzgeber hat diese Handlung hierher gezogen, nicht weil sie unter den Begriff der Fälschung fällt, sondern weil sie nach seinem allerdings richtigen Dafürhalten eben so sehr strafbar ist, wie die wirkliche Fälschung öffentlicher Urkunden, von welcher der gegenwärtige Titel handelt. *)

6. Die Fälschung einer öffentlichen Urkunde, um Beweismittel über wahre Thatsachen zu erhalten.

§. 428. „Wer, um sich über wahre Thatsachen ein Beweismittel zu verschaffen, eine falsche öffentliche Urkunde fertigt, oder eine ächte öffentliche Urkunde verfälscht und davon Gebrauch macht, ꝛc."

Wer sich für ein wohlbegründetes Recht Beweismittel verschafft, fügt dem Andern kein Unrecht (wenigstens kein materielles) zu, der Schuldner, gegen welchen man sich einer solchen Waffe bedient, könnte es vielmehr für eine

*) Wurden die selbstgefertigten Waaren nicht abgesetzt, so erscheint die That als Versuch. Bei §. 446 treffen Anfang und Ende zusammen. Vom beendigten Versuch kann überall die Rede nicht sein, wo das Verbrechen consummirt ist, wenn der Verbrecher alles gethan hat, was er thun konnte.

*) Aschbach, Comm.-Ber. S. 13. „Der Fall, wovon dieser §. spricht (das franz. Gesetz nennt ihn faux intelectuell), träte z. B. ein, wenn A. mit dem X. vor dem Amtsrevisor erscheint, sich für den B. ausgibt und nun auf dessen Namen zu Gunsten des X. eine Schenkung macht, X. aber die Annahme derselben erklärt und nun darüber die erforderliche öffentliche Urkunde aufnehmen läßt. Hier ist die Urkunde in allen formellen Erfordernissen ächt, auch der Vorgang ist richtig aufgenommen, allein der Umstand, daß B. die Schenkung erklärt, ist eine durch die Täuschung oder das Einverständniß des Beamten bewirkte Unwahrheit. Hier liegt zwar die Fälschung nicht in der Form, sondern nur im Inhalt; aber sie ist so gefährlich, als die in der Form, weil dabei die Fälschung noch schwerer zu erkennen ist und die Beeinträchtigung des öffentlichen Glaubens in gleicher Stärke eintritt."

Nach unserem früheren Strafrecht wäre der Thäter mit der körperlichen Strafe des Betrugs davon gekommen, während er jetzt von einer Zuchthausstrafe bis zu 8 Jahren betroffen werden kann. (424 des Str.G.B.

Kränkung seiner Ehre ansehen, wenn sein Gläubiger durch die Voraussetzung eines unredlichen Benehmens von seiner Seite sich in die Nothwendigkeit versetzt glaubt, zur Fälschung seine Zuflucht zu nehmen. Allein er erschüttert, indem er sich der Fälschung einer öffentlichen Urkunde zu diesem Zwecke bedient, eine wohl zu verwahrende Grundlage des öffentlichen Glaubens, und diese Betrachtung mochte, abgesehen von der Mißachtung des formellen Rechtes Anderer, welches sich hier kundgibt, den Gesetzgeber bestimmen, die Handlung nicht ganz unbestraft durchschlüpfen zu lassen. *)

Aus dem Grunde, der diese Strafbestimmung in das Leben rief, ergibt es sich übrigens, daß sie, wie ich schon oben zu §. 439 bemerkte, auch auf andere, nicht ausgedrückte Zwecke auszudehnen ist, vorausgesetzt, daß die Fälschung überhaupt eine öffentliche Urkunde betrifft, und daß dieser andere Zweck nicht geeignet ist, die Anwendung der §§. 423, 425 und 429 zu rechtfertigen. **)

7. Der Gebrauch falscher Urkunden und fremder Waarenstempel oder Fabrikzeichen ꝛc.

§. 436. „Von den in den vorhergehenden §§. 423 bis 435 gebrohten Strafen wird auch derjenige getroffen, welcher in der dort bezeichneten Art wissentlich von falschen oder verfälschten Urkunden, die ein Anderer verfertigt oder verfälscht hat, im Einverständniß mit dem Urheber der Fälschung, Gebrauch macht.“

§. 437. „Geschah solcher Gebrauch von falschen oder verfälschten Urkunden, die ein Anderer verfertigt oder verfälscht hat, ohne Einverständniß mit dem Urheber der Fälschung, so kann die Strafe drei Viertheile des in den §§. 423 bis 435 gedrohten höchsten Maßes nicht übersteigen.“

§. 444. „Wer sich fälschlich der Waarenstempel oder Fabrikzeichen eines andern inländischen Fabrikanten bedient, und die damit bezeichneten Waaren absetzt, wird, auf Anzeige des betheiligten Fabrikanten, von Gefängnißstrafe bis zu drei Monaten, oder von Geldstrafe getroffen.

Ebendasselbe gilt von dem fälschlichen Gebrauche der Waarenstempel oder der Fabrikzeichen der Fabrikanten auswärtiger Staaten, mit welchen in dieser Beziehung die Gegenseitigkeit vertragsmäßig festgesetzt ist.“

Schon in den §§. 440—442 des Strafgesetzbuches wurde die auch in unserm ältern Strafrecht *) zur Geltung gebrachte Ansicht ausgesprochen, daß derjenige, welcher wissentlich von falschen Gegenständen Gebrauch macht, dem Verfertiger derselben gleichzustellen sei. Ich sehe nicht ein, warum der Gesetzgeber Anstand hätte nehmen sollen, dieses Princip konsequent durchzuführen, d. i, ohne Ausnahme auf alle Fälle, bei welchen die Vollendung mit dem Gebrauche eintritt, anzuwenden. Auffallen aber muß es, daß das Gesetz bei dem Gebrauche falscher Urkunden die völlige Gleichstellung von dem Einverständniß mit dem Urheber der Fälschung abhängig macht. Wer das von einem Andern angefangene Verbrechen fortsetzt und vollendet, macht die Arbeit seines Vorgängers zu seinem Werke; er gleicht dem Diebe, der die Sache stiehlt, die ihm ein Anderer, welcher in seinem Unternehmen gestört wurde, zurechtlegte. Könnte er nun gleichwohl nicht als Dieb charakterisirt werden (was der Fall wäre, wenn zu dem gesetzlichen Begriff erfordert würde, daß von seiner Seite der erste Schritt geschehe) so würde doch, abgesehen von der Gelegenheit und Erleichterung, welche ihm zu Theil wurde, und von dem Einfluß dieses Umstandes auf die Ausmessung der Strafe, dagegen gewiß nichts erinnert werden können, daß man ihn dem Diebe gleich behandle, welcher vom Anfange des verbre-

*) Aschbach, Comm.-Ber. Bem. zu §. 388, S. 13.

**) Derselbe a. a. O. S. 14. „Uebrigens ist noch darauf aufmerksam zu machen, daß dieser §. nicht die Fälle betrifft, wo die Urkunde nicht blos Beweismittel, sondern zugleich Bedingung der Gültigkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes ist, wie bei einer Schenkung, einem Testamente. Wer hier auf jene Weise fälschte, würde sich nicht blos einen Beweis für sein Recht, sondern für ein verlorenes Recht, oder für den Schein eines Rechts ein wirksames Recht zu verschaffen suchen; dieser würde also mit der gewöhnlichen Strafe getroffen werden müssen.“

*) §. 48 lit. g des Str.-Gb. v. J. 1806. M. vergl. d. §. 640 den Gebrauch falscher Zeugnisse und Pässe beim Betteln betreffend. (Til. 47 des Str.G.B.) Diese Bestimmung hätte füglich mit jener des §. 429 vereinigt werden können, oder wenigstens bei den §§. 436 und 437 ihre angemessene Stelle gefunden.

cherischen Unternehmens bis zu dessen Ausführung thätig war.

Knüpft man dagegen die Gleichstellung an die Bedingung eines Einverständnisses mit dem Urheber, so hat man ein Subject vor sich, welches (wie die Motive zu §. 396, S. 122 selbst nachweisen) als Anstifter, Gehülfe oder Complotant unter die den Urheber der Fälschung betreffenden Strafbedingungen fällt, und hinsichtlich dessen es also keines weitern Strafgesetzes bedarf, welches gestattet, daß man ihn wie einen Falsarius behandle; man hat eine Handlung vor sich, welche bereits unbedingt mit Strafe bedroht ist, und ein Gesetz, welches die bedingte Androhung einer Strafe als etwas überflüssiges erscheinen läßt. *)

Gegen den §. 437 hingegen kann man gewiß nicht mit Unrecht erinnern: 1) daß für den Fall, wo Jemand ohne Einverständniß mit dem Urheber der Fälschung von der falschen Urkunde Gebrauch machte, sich ein Herabsteigen auf der Scala des Strafmaßes wohl von selbst versteht. 2) Daß die §§. 423—435 dem Richter einen weiten Spielraum für die Ausmessung der Strafe gewähren, daß daher diese Bestimmung füglich hätte umgangen werden können, wenn man bei der Redaction des §. 436 die Worte: „im Einverständniß mit dem Urheber der Fälschung" gestrichen und etwa den Beisatz gemacht hätte:

„die Strafe darf jedoch ¾ des in jenen §§. „angedrohten höchsten Maßes nicht übersteigen."

Ueber die Beweggründe, welche den Gesetzgeber bestimmten, den Gebrauch fremder Fabrikzeichen mit Strafe zu bedrohen, gibt uns der Bericht der zweiten Kammer folgenden Aufschluß:

„Unser Handelsrecht verfügt im §. 109 a.: Kein Fabrikant darf seine Waare unter dem Namen einer andern inländischen Fabrik oder unter dem bestehenden Waarenzeichen derselben, wenn nicht deutliche Unterscheidungsmerkmale zugesetzt sind, verfertigen oder ausgeben; der Fabrik, deren Name und Zeichen mißbraucht wird, steht es frei, alles damit bezeichnete Gut und alle davon herrührenden ausstehenden Forderungen als ihr gehörig, zur Entschädigung an sich zu ziehen, wenn sie nicht über Jahr und Tag, vom ersten Verkauf solcher nachgemachten Waare an, dazu stillgesessen hat." Die inländische Industrie bedarf dieses Schutzes, um nicht durch nachgemachte schlechtere Waare in Mißkredit zu kommen, die Entschädigung ist jedoch nicht immer ausreichend, und manchmal nicht mehr möglich. Daher war eine Strafbestimmung erforderlich ꝛc." *)

Zum Thatbestande des Verbrechens ist unumgänglich erforderlich:

a) daß der Gebrauch die Interessen eines inländischen oder eines dem Inländer gleichgestellten ausländischen Fabrikanten gefährde; jedes deutliche Unterscheidungszeichen hebt die Gefahr auf,

b) daß diesem das Recht zustehe, Andere von dem Gebrauche fraglicher Zeichen auszuschließen.

Das Strafgesetz will nur einem civilrechtlichen Verbote Nachdruck geben.

Williget also der Berechtigte in den Gebrauch ein, oder ist sein Recht zur Einsprache erloschen, weil er solches in Jahr und Tag nicht geltend machte, so kann es darauf, daß man jene Zeichen gebraucht, um Andere damit zu täuschen, nur insofern ankommen, als dies unter der Voraussetzung geschieht, vermöge welcher die Handlung unter den Begriff des Betruges im engern Sinne fällt.

Man bediene sich des Zeichens, indem man die damit versehene Waare absetzt. Anfang und Vollendung treffen bei dieser Fälschung zusammen.

8. Die betrügliche Ausfüllung von Blanketten.

§. 434. „Wer ein Blankett zu einem der in den §§. 423, 425, 428 und 429 bezeichneten Zwecke mit einem andern Inhalt ausfüllt, als wozu es bestimmt war, und davon Gebrauch macht, wird als der Fälschung schuldig bestraft."

Es gibt keine gröbere Verletzung des Vertrauens in die Ehrlichkeit Anderer, als der Mißbrauch eines Blankettes, mag man nun durch Anvertrauung oder durch Zufall in den Besitz desselben gekommen sein, und es unterliegt wohl keinem Zweifel, daß die auf die Fälschung öffentlicher Urkunden gesetzten Strafen diesem Verbrechen,

*) Das Str.G.B. für das Großherzogthum Hessen hat (Art. 385 und 387) denjenigen, der die falsche Urkunde gebraucht, mit dem, der sie fertiget, unbedingt auf die gleiche Stufe der Strafbarkeit gestellt; desgleichen das Gesetzb. für das Herzogth. Braunschweig (§. 228) und für das Königr. Würtemberg (Art. 357).

*) Aschbach, Commiss.-Ber. Bem. zu §. 405 d. Entw.

Der Berichterstatter scheint das Nachmachen der Waare mit dem Gebrauche fremder Zeichen zu verwechseln. Das Erste ist erlaubt; das Letztere wird hier mit Strafe bedroht.

sofern die Ausfüllung zu den §§. 423, 425, 428 und 429 angegebenen Zwecken statt hatte, vollkommen angemessen sind.

Als eine Fälschung im engern Sinne kann jedoch diese Handlung nicht betrachtet werden, da man darunter nur diejenige Fälschung versteht, „welche bewirkt wird, indem man in rechtswidriger Absicht einen Gegenstand hervorbringt, oder einen schon vorhandenen verändert, beides dergestalt, daß dadurch eine schwer zu unterscheidende Aehnlichkeit mit einem andern Gegenstande hervortritt."

Zwar besteht auch bei der Ausfüllung eines Blankettes der dolus, d. i. das Bewußtsein, daß man etwas Unechtes (Unwahres) für etwas Echtes (Wahres) gebe, und daß diese Handlung rechtswidrig sei, ein Merkmal, welches in allen Fällen, worauf sich der §. 434 bezieht, vorausgesetzt wird: allein — wo ist der äußere der Sache künstlich beigebrachte Schein, durch den man auf das Erkenntnißvermögen des Andern einwirkt? Das Falsche liegt hier nicht im Aeußern; es liegt vielmehr im Inhalte. Man kann darum nicht sagen, daß eine Sache hervorgebracht sei, welche mit einer andern Aehnlichkeit habe und in Folge dieser Eigenschaft als Täuschungsmittel wirksam sei. — Wer das Vertrauen des Andern dadurch verletzt, daß er an die Stelle des verabredeten echten Inhaltes, einen andern setzt, täuscht allerdings die gerechte Erwartung desjenigen, der ihn zur Ausfüllung eines Blankettes ermächtigte, seine Handlung mag unter den gesetzlichen Voraussetzungen als Betrug charakterisirt werden, aber Falsarius im eigentlichen Sinne ist er eben so wenig, als derjenige, welcher in einer Urkunde, in dessen Besitz er sich befindet, einzelne ihm nachtheilige Stellen durch chemische Mittel beseitiget, wenn er nicht etwa die dadurch entstehende sichtbare Lücke fälschlich mittelst Nachahmung der Schrift ausfüllt.

Auch der Ausdruck „betrügerisch" in der Ueberschrift des Gesetzes paßt in seiner Beziehung auf die §§. 423—429 nur insofern, als man überhaupt bei jeder Fälschung das Vorhandensein einer Täuschung voraussetzt, während das Epithet: betrügerische (in engere Sinne aufgefaßt) doch gewiß nur jener Täuschung beigelegt werden kann, welche „zum Zwecke des Betruges" statt hat, und deren man folglich sich als Mittel bedient, um den Andern zu einer das Vermögen desselben beschädigenden Handlung zu verleiten. *)

Ob derjenige, dem das Blankett anvertraut war, oder ein Dritter, dem es in die Hände fiel, sich desselben zur betrüglichen Ausfüllung bediente, ist für den Begriff des Verbrechens gleichgültig. *)

*) Vergl. Thilo a. a. O. Note 2 zu §. 434.

*) Motive, Bem. zu §. 394, S. 21.
Aschbach, Comm.-Ber. S. 15.

II.

Pfändung von Fahrnissen und deren Ansprüche im Wege der Einsprachen.

§. 1039 Pr.O. L.R.S. 2279. **)

Seit mehreren Jahren sucht man die Pfändungen dadurch wirkungslos zu machen, daß Dritte, gewöhnlich Blutsverwandte des Schuldners, Eigenthumsansprüche auf die gepfändeten Gegenstände erheben, die der Schuldner ihnen vor der Pfändung verkauft und noch nicht übergeben gehabt oder die derselbe nach dem angeblichen Kauf in Miethe behalten oder in Aftermiethe erhalten haben soll. Unsere Gerichte verweisen den Gläubiger in solchen Fällen auf die Rechte aus L.R.S. 1167. ***) Die Folgen davon sind: eine in ihren Ergebnissen durchaus unsichere †) Praxis, welche bald zweifelhafte Verträge für Scheinverträge, bald fast unzweifelhafte Scheinverträge ††) für wirk-

**) Vergl. auch die Monographie „Ueber das s. g. Eigenthum an beweglichen Sachen" in Annalen XVIII., S. 46—59.

D. R.

***) Das großh. Oberhofgericht scheint in jüngster Zeit der Ansicht zu sein, daß diese Rechte nur klagend, nicht einredend geltend gemacht werden können.

„Die aus dem L.R.S. 1167 entnommene Einrede war rc. schon um deßwillen in diesem Verfahren (der Einsprache gegen die Vollstreckung) nicht zu berücksichtigen, weil sie jedenfalls zur Zeit unerwiesen (eine Beweisauflage fand nicht statt); die Verträge, (durch welche die Einsprachklägerin das Eigenthum vom Schuldner erwerben haben wollte) nicht beseitigt hat; diese aber, so lange sie zu Recht bestehen, für den Gläubiger des Verkäufers ein rechtliches Hinderniß sind, sich aus den verkauften Gegenständen bezahlt zu machen."

Hauer g. Bischof, O.H.G. II. S., 5. Juni 1851.

D. E.

†) Es kam vor, daß ein und derselbe Vertrag unter sonst gleichen Verhältnissen dem einen Gläubiger gegenüber für wirksam, und einem anderen Gläubiger gegenüber für unwirksam erklärt wurde.

D. E.

††) Eine Frau, welche die polizeiliche Erlaubniß zur Uebergabe ihres Vermögens wegen allgemeiner Kraftabnahme und hohen Alters

lich und wirksam geschlossene Verträge erklärt; die Herbeiführung eben so kostspieliger als schleppender Idenditäts-Processe; die Ausschwörung höchst zweifelhafter Eide und das Fortwuchern dieser eben so den Kredit gefährdenden als die Moralität untergrabenden Scheinverträge.

Diese Folgen fallen weg, wenn die Eigenthumsklagen sich als unstatthaft darstellen; und obgleich deren Begründetheit als etwas keiner weiteren Begründung bedürfendes angenommen wird*), dürften doch die dagegen geltend gemachten Gründe nicht ohne alle Erheblichkeit sein.

Bei der praktischen Bedeutung der Frage sei eine kurze Entwickelung jener Gründe vergönnt.

Der L.R.S. 2279 gibt nach seinem Wortlaut dem „Besitz" schlechtweg und wenigstens Dritten gegenüber auch nach seinem Geiste der blosen Thatsache des Besitzes die Wirkung eines Titels. On y a même regardé le seul fait de la possession comme un titre. Bigot Préameneu.

Der Gesetzgeber wollte Dritten gegenüber jede Untersuchung über die rechtliche Natur des Besitzes an Fahrnissen ausschließen, und dadurch einerseits dritte Erwerber vor einer Entwährung schützen, gegen die sonst eine Sicherung kaum denkbar wäre. On n'en a pas ordinairement d'autres (titres que la possession) pour les choses mobilières. Il est d'ailleurs le plus souvent impossible d'en constater l'idendité et de les suivre dans leur circulation de main en main, Big. Préam. Andererseits wollte er kostspielige Idenditätsprocesse verhindern. Il faut eviter des procedures (sur l'idendité) qui seraient sans nombre et qui le plus souvent excéderaient la valeur des objéts de la contestation Big. Préam; und sollten die Gläubiger vor vexatorischen Scheinverträgen geschützt werden, weßhalb der vom Tribunal zu Nimes beantragte Zusatz zum Art 60 (2279) Abs. 1 „quand le prêt n'est pas prouvé" nicht angenommen wurde.

Hieraus folgt:

1) daß die Rechtsregel: nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse in re habet; bei Fahrnissen eine Ausnahme erleidet. Zachariä §. 181, Abs. 3, Zif. 1; und daß der wahre Eigenthümer dem Inhaber nicht mit Erfolg entgegenhalten kann, dieser habe nur von einem praecario-Besitzer das Eigenthum erworben*) „Hand in Hand."

Vergl. die Ausnahmen des Abs. 2 von der Regel des Abs. 1 des L.R.S. 2279 und die Ausnahme des L.R.S. 2102 Ziffer 1 am Ende.

Mittermaier d. P.R. (IV. Ausgabe) §. 438, Note 2 und 4.

Troplong, préscr. No. 1070.

Es folgt ferner daraus:

2) daß nicht blos dem Eigenthumsbesitz, sondern auch dem praecario-Besitz Dritten gegenüber der L.R.S. 2279 zur Seite steht. Der L.R.S. 2279 hat die dingliche Klage ausgeschlossen und nur von dieser und nicht von einer Kontractsklage könnte überhaupt die Rede sein, will und beziehungsweise könnte der Eigenthümer gegen den dritten Besitzer Eigenthumsrechte geltend machen.

Damit hat jenes Gesetz den Besitzer Dritten gegenüber vor jeder Nachfrage über den animus und über den Rechtsgrund seines Besitzes entbunden. Mit dieser Ansicht stehen auch die Vorschriften über das Faustpfand im Einklang c. f. L.R.S. 2079. Dict. gen. d. droit. civ. „gage" n. 51. Persil reg. hyp. p. 315; dem man die

---

erlangt hatte, focht eine gegen ihren Sohn erwirkte Pfändung auf den Grund von Verträgen an, welche jünger waren, als die von ihr erwirkte Erlaubniß zur Vermögensübergabe und als die gegen den Sohn erkannte Vollstreckung. Durch diese Verträge sollte sie in zwei Klumpenkäufen ohne alle Werthschätzung und ohne alles Verzeichniß des Einzelnen die ganze Ladenwirthschaft und Bierbrauereieinrichtung und die gesammte fahrende Habe, auch nicht ein Hemd ausgenommen, ihres Sohnes gekauft und den Kaufpreis an angebliche Gläubiger desselben bezahlt haben, von denen nicht einmal die Existenz, geschweige deren Eigenschaft als Gläubiger nachgewiesen war, während unbestritten der Sohn stets im Besitze all der angeblich verkauften Gegenstände geblieben war. Das Oberhofgericht hielt die aus L.R.S. 1166 abgeleitete Einrede des Gläubigers, abgesehen von dem oben Anm. 1 hervorgehobenen Anstand gegen deren rechtliche Begründetheit und gegen deren Beweis auch für thatsächlich unbegründet, weil „die zu ihrer Begründung vorgetragenen Thatsachen einen sicheren Schluß darüber nicht zulassen, es habe auf Seiten der Käuferin die Absicht vorgewaltet, die Gläubiger des Verkäufers zu benachtheiligen." D. E.

*) „Die Einsprache gegen die Pfändung von Objecten, welche nicht Eigenthum des Schuldners sind, gegen welchen die Pfändung erkannt wurde, sondern des einsprechenden Dritten, ist unzweifelhaft rechtlich begründet."

Hauer geg. Bischof O.H.G.

D. E.

*) Die Nichtanwendung des L.R.S. 2279 auf die universitas juris, der man aber nicht, wie es oft bei uns geschieht, die universitas facte gleichstellen darf, beruht auf dem Repräsentationsrecht der Erben. Troplong, préscr. No. 275, 1066.

Zachariä §. 215 a., Ziffer 2.

D. E.

Sicherheit, zu deren Gewähr dieses Institut eingeführt wurde, entziehen würde, sobald man dem Precariobesitz des Faustpfandgläubigers die Rechtswirkung des L.R.S. 2279 versagen würde.*) Quand un créancier reçoit un meuble en gage, sa possession, quoique precaire, lui donne cependant un privilége. Il est préférable même au vendeur non payé. Pourquoi ne serait-il pas préférable au propriétaire qui a suivi la foi d'un mandataire infidéle! En effet la transmission operée par le contrat de gage fait passer sur la tête du créancier un droit precieux qu'on ne peut lui ravir. Son privilége doit subsister et il n'est pas permis de l'empêcher de l'exercer sous prétexte d'un vice de précarité qui n'est pas incompatible avec son existence. Troplong présc. n. 1060.

Wenn daher der Gläubiger durch die Pfändung Besitzrechte und insbesondere jene eines Faustpfandgläubigers an der gepfändeten Sache erwirbt, so können Dritte, von denen der Schuldner sein Recht abgeleitet haben soll, keine Eigenthumsrechte daran geltend machen und insbesondere solche Ansprüche nicht damit begründen, daß der Schuldner nur ihr precario-Besitzer gewesen, und der Gläubiger nur precario-Besitzer des Schuldners sei.

Der Gläubiger erwirbt aber solche Rechte durch die Pfändung, die ihm ein gezwungenes Faustpfand gibt c. f. L.R.S. 2093, coll. §. 1039, Ziff. 2. 971 P.O. Troplong Dépôt n. 27 ähnlich wie die Vollstreckung des §. 982 P.O. eine gezwungene Rechtsübertragung bewirkt.

Schon die Bezeichnung „Pfändung" deutet auf ein pfandrechtliches Verhältniß hin, das seinem Gegenstand nach (c. f. L.R.S.2114) nur ein faustpfandrechtliches sein kann; und wie das gemeine Recht mit der Auspfändung ein pignus praetorium (judiciale) und das interdictum ne vis fiat ei qui in possessonem missus verband, ertheilt unser Gesetz dem Gläubiger die wesentlichen Rechte eines Faustpfandgläubigers, nämlich:

1) das Recht seine Zahlung vorzugsweise aus der gepfändeten Sache verlangen, und deren Verkauf zu diesem Zweck begehren zu können. L.R.S. 2073, 2078 §. 971 P.O., das nur durch den Ausbruch der Gant aufgehoben werden kann, § 801, 1039, Buchst. b., coll. 779 P.O., und 2) die Uebertragung des Besitzes auf einen Dritten zur Sicherheit des Gläubigers. L.R.S. 2076, §. 955, L.R.S. 1961, Ziffer 1, welcher Dritter entweder von dem Gläubiger und Schuldner gemeinschaftlich gewählt, L.R.S. 2076, 1963, oder von dem Gericht ernannt wird, §. 955, 956 P.O., L.R.S. 1963. Der Besitz des Schuldners kann nach der Pfändung nur noch ein ihm als Hüter übertragener sein, §. 598 C. de proc. §. 955 P.O.

(Schluß folgt.)

*) Wenn Troplong hinsichtlich der Wirkung des L.R.S. 2279 zwischen den verschiedenen Arten des Precariobesitzes unterscheidet, dürfte dies mehr eine willkührliche als eine im Gesetz begründete Unterscheidung sein. D. E.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. **No. 42.** Mannheim, 18. October **1851.**

I.

Pfändung von Fahrnissen und deren Ansprüche im Wege der Einsprachen.

(Schluß.)

Der Hüter besitzt für beide Partheien, in so weit man beide als Deponenten betrachtet, L.R.S. 1963, Troplong dépôt No. 276, 249, oder nur für den Gläubiger*), insoweit man der Ansicht ist, das Gericht anordne und vollziehe die Hinterlegung im Namen des Gläubigers. L.R.S. 1962, 1937, 2079, §. 955 Pr.O. Le gardien est censé le (depôt) recevoir des mains de la justice, qui s'est etendue sur les effets saisis. Troplong ibid. No. 277. Elle (la justice) donne à un tiers la garde des effets, qui sont le gage du payement. Tropl. ibid. C'est au nom du saisissant que la justice fait ce depôt. Troplong ib. No. 278. Wenn Troplong loc. cit. No. 277 dabei doch behauptet, der Schuldner bleibe Inhaber (il detient), so ist diese Behauptung mit den vorerwähnten Sätzen nicht vereinbar, wornach die gepfändete Fahrniß ein Namens und für den Gläubiger hinterlegtes Faustpfand desselben ist. L R S. 1962 coll. 1937, 2076.

Man wird dieser Ausführung vielleicht entgegen halten:

1) Der Grund der Rechtsregel „Hand wahre Hand“ greife hier nicht Platz, weil der Schuldner gegen seinen Willen den Besitz des ihm anvertrauten Gutes verliere. Allein abgesehen davon, daß die Regel: cessante legis ratione cessat lex ipsa unrichtig ist, daß der Grund jener deutschen Rechtsregel, wie oben gezeigt wurde, nur einer der Gründe unseres L R S. 2279 war, und daß die Besitzentsetzung kraft Rechts und Urtheils weder als Verlust noch als Diebstahl betrachtet werden kann, mißbraucht der Schuldner, der Angesichts der ihm drohenden gerichtlichen Besitzentsetzung dennoch die ihm blos precario modo überlassenen Gegenstände behält, das Vertrauen des Eigenthümers ebenso, wie jener, der die anvertraute Sache veräußert; und schenkt der Eigenthümer, der einem Anderen einen Precariobesitz überträgt, diesem nicht nur das Vertrauen, daß er die Sache nicht als sein Eigenthum behandeln werde, sondern auch das Vertrauen, daß er eine solche kraft Gesetzes eintretende Behandlung nicht zu besorgen habe.

Man wird vielleicht ferner einwenden:

2) Der §. 1039 Pr.O. schließe die Anwendung des L.R.S. 2279 aus. Allein der §. 1039 Pr.O. hebt jene Vorschrift des L.R. nicht ausdrücklich auf und es läßt sich eine stillschweigende Aufhebung schon um deßwillen nicht daraus ableiten, weil das Prozeßrecht überhaupt nur die Feststellung des Verfahrens bei der Anwendung der durch das bürgerliche Recht gegebenen Rechtsverfolgungsmittel zum Gegenstand hat und weil unsere Prozeßordnung landrechtliche Bestimmungen nirgends stillschweigend, sondern stets nur ausdrücklich aufhob oder änderte. §. 207, 316, 363, 799, 803, 934, 1055, 1056 Pr.O.

---

*) Das großh. Oberhofgericht ist der Ansicht, daß der Gläubiger durch die Pfändung keine Besitzrechte erwerbe, ohne solche näher zu begründen,

„Hätte sich die Oberappellantin zur Zeit der Pfändung nicht im Besitz der Fahrnisse befunden, so würde ihr dennoch der L.R.S. 1141 nicht entgegenstehen, weil der Pfändungsact den Besitz nicht auf den betreibenden Gläubiger übertrug, der Oberappellat also sich ebenfalls nicht im Besitz befindet und jene Gesetzesstelle den Mangel des Besitzes auf Seiten eines Erwerbers nur dann entscheidend werden läßt, wenn ein anderer Erwerber ihm in der Besitzergreifung zuvorkam“

Hauer gegen Bischof.

Wenn der Gläubiger keinen Besitz an der gepfändeten Fahrniß erwirbt, ist nicht einzusehen, wie eine Eigenthumsklage gegen ihn erhoben werden kann. D. E.

Man kann auch nicht behaupten, daß der Wortlaut des §. 1039 Pr.O. eine Abänderung des L.R.S. 2279 nothwendig bedinge, vielmehr ergibt sich schon aus der Stellung jenes §., der in einem besonderen Abschnitt den Vorschriften über sämmtliche Vollstreckungsmittel, mit Ausnahme des persönlichen Verhafts, nachfolgt und aus einer Vergleichung des §. 1039 mit den §§. 801 und 779 und L.R.S. 2289, daß

a) nur die Geltendmachung der Rechte, die jemanden civilrechtlich zustehen, dadurch an eine enge Frist gebunden werden wollte, in welcher Hinsicht dieses Gesetz daher nicht sowohl eine Vergleichung von Rechten, als eine Beschränkung deren Verfolgung beabsichtigte; und

b) daß die im §. 801 Pr.O. enthaltene Beschränkung des Faustpfandrechts der Gläubiger durch Ziffer 2 des §. 1039 eine nähere mit dem §. 779 Pr.O. im Einklang stehende Bestimmung hinsichtlich deren Geltendmachung erhalten sollte.

Die Bestimmung des Art. 608 C. de proc. unterscheidet sich von dem § 1039 unserer Pr.O. wesentlich dadurch, daß jener Art. einen Bestandtheil des Titels „von der Pfändung und Vollstreckung an Mobilien" bildet und daher nothwendig auf dieses Vollstreckungsmittel bezogen werden muß, während unser §. 1039 nicht in dem II. von der Pfändung der Fahrnisse handelnden Abschnitt vorkommt. Wie eng übrigens auch in Frankreich die Bestimmung des Art. 608 C. d. pr. wegen ihrer Ausnahmestellung zum Art. 2279 C. c. ausgelegt wird, erhellt aus folgender Stelle Troplongs presc. No. 1062.

Supposons, par exemple, que l'acheteur soit convenu que la chose restera pendant un certain temps entre les mains du vendeur, qui la conservera pour lui à titre précaire. Une telle possesion n'est pas assez visible et assez caracterisée à l'égard de tiers, pour qu'il soit permis de s'en prévaloir contre eux. Ainsi le véritable propriétaire pourrait revendiquer la chose sur celui qui la tiendrait de lui et la revente faite par ce dernier ne serait pas un obstacle. Car n'ayant pas été suivie du déplacement de la chose elle est sans valeur pour ceux qui n'y ont pas été partie. C'est ce qui faisait dire à Bourjon:

La vente des meubles faite sans déplacement est nulle à l'égard des créanciers du vendeur, de là il s'ensuit que les créanciers de celui, qui a fait une telle vente, peuvent, nonobstant icelle, les faire saisir et vendre sur leur debiteur, qui en est resté en possession.

Der Besitz des Schuldners ist dem Gläubiger gegenüber, und der Besitz des Gläubigers dem Eigenthümer gegenüber Titel; und jedenfalls kann der Eigenthümer dann sein Recht dem Gläubiger gegenüber nicht geltend machen, wenn sein Besitz für Dritte nicht erkennbar war, und dies ist der Fall, wenn er die Fahrnisse des Schuldners kauft, diesen aber in deren Besitz läßt.

Fy.

II.

1) **Dasjenige Gericht, welches zur Aburtheilung eines vollendeten Verbrechens berufen ist, hat auch über den strafbaren Versuch zu entscheiden.**

2) **Wo also das Gesetz ein bestimmtes Verbrechen vor das Schwurgericht verweißt, da versteht es hierunter sowohl die versuchte wie die vollendete That.**

Wegen Versuchs eines gefährlichen Diebstahls wollte der Gr. Staatsanwalt am Gr. Hofgericht des M.-R.-Kr. den dieses Verbrechens angeschuldigten S. Wanderer vor das Schwurgericht gestellt wissen.

Die Anklagekammer ertheilte jedoch unterm 4. Aug. l. J. den Ausspruch, daß die Sache von dem Hofgerichte zu erledigen sei, weil der §. 41, No. 1—42 des Gesetzes vom 5. Febr. l. J. nur vollendete Verbrechen im Auge habe.

Gegen dieses Erkenntniß ergriff der Gr. Staatsanwalt unter Bezugnahme auf §. 82, Abs. 2 des allg. Gesetzes die Beschwerdeführung dahin, daß das vorliegende Verbrechen nach §. 41, S. 18 an das Schwurgericht hätte verwiesen werden sollen. Diese Beschwerde wurde von Gr. Oberhofgericht (II. Sen.) einstimmig für begründet erachtet und daher unterm 15 Sept. l. J. erkannt:

Es sei das gedachte Erkenntniß der Anklagekammer aufzuheben, und diese Sache als gefährlicher nach §. 381

des Str.G.B. zu bestrafender Diebstahl an das Schwurgericht zu verweisen.

Gründe.

Das Gesetz v. 5. Febr. l. J. über die Einführung des Strafgesetzbuchs rc. rc. verweist die im §. 41 genannten Verbrechen und darunter den gefährlichen Diebstahl (No. 18) zur Aburtheilung der Schwurgerichte, ohne zu unterscheiden, ob diese Verbrechen wirklich vollendet oder nur zu einem strafbaren Versuche gebracht worden sind.

Eine solche Unterscheidung und darauf gegründete Bestreitung der Zuständigkeit würde auch nicht nur die Frage über die wirkliche Vollendung des in Frage stehenden Verbrechens der schwurgerichtlichen Beurtheilung entziehen, sondern auch mit anderen gesetzlichen Bestimmungen und der Natur der Sache im Widerspruche stehen.

Unter den in S. 1—42 des §. 41 bezeichneten Fällen sind nemlich ausdrücklich Versuchshandlungen als selbstständige Verbrechen den Schwurgerichten zugewiesen und nach §. 96 und 98 des Gesetzes hat sich der Wahrspruch der Geschwornen auf alle Erschwerungs- und Milderungsgründe der That, den Grad der Theilnahme des Angeschuldigten als Urheber oder Gehülfe, also auf alle Abstufungen der Verschuldung zu erstrecken.

Die Natur der Sache gebietet endlich, daß alle Beziehungen des Verbrechens in ob- und subjectiver Richtung der Prüfung des im allgemeinen zuständigen Richters unterliegen, so weit dieselben nicht durch eine ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes oder durch den Begriff des Verbrechens ausgenommen sind, wie dieses bei der reinen Fahrlässigkeit anzunehmen ist. Vergl. Str.G.B. §. 102.

A. d. Gr.

An demselben Tage erließ der nemliche Senat ein gleiches Präjudiz in der Untersuchung gegen P. Bastian wegen versuchter Nothzucht.

D. R.

III.

Schwurgerichtsfälle aus dem Unterrheinkreise.

Für diejenigen Leser dieser Blätter, welche noch nicht selbst Gelegenheit gehabt haben, Schwurgerichts-Verhandlungen anzuwohnen, wird es nicht ohne Interesse sein, ein Bild davon zu bekommen. Soweit dies durch Mittheilung einzelner Schwurgerichtsfälle geschehen kann, will ich versuchen, ein solches zu entwerfen, indem ich die drei ersten der in Mannheim im September d. J. stattgehabten Verhandlungen im Auszug kurz darstelle.

Die erste Schwurgerichtssitzung des Jahres 1851 im Unterrheinkreise wurde mit der Verhandlung der Anklage gegen Andreas Becker von Ladenburg wegen Beraubung des Israeliten Salomon Weilheimer von Dossenheim begonnen.

Andreas Becker ist 28 Jahre alt, ledig, Taglöhner, vermögenslos.

Weilheimer führt ein Lumpensammlungsgeschäft für den Papierfabrikanten Joh. Friedrich in Eisenberg bei Grünstadt; für ihn sammelte der Vater des Angeschuldigten; mit diesem scheint übrigens Leopold Weilheimer, der Bruder des Salomon, hauptsächlich verkehrt zu haben.

Am 11. Mai hatte Salomon Weilheimer einen Wagen voll Lumpen nach Eisenberg abgeliefert und dort als Zahlung einen auf Louis Dacqué in Neustadt a. d. H. gezogenen Wechsel über 341 fl. 12 kr. erhalten, den er Nachmittags auf der Rückfahrt bei Banquier W. H. Ladenburg und Söhne in Mannheim gegen 334 fl. 23 kr. baar umsetzte. 330 fl. hievon, in Rollen von 30 kr. und 6 kr. Stücken, trug S. Weilheimer in einem leinenen Säckchen auf dem Arm. Abends in Ladenburg angekommen stieg er im Schiffwirthshause ab und trug seinem Fuhrmann, einem Ladenburger, auf, den Andreas Becker zu ihm zu schicken, damit er ihn nach Dossenheim begleite.

In der Wirthsstube wurde Salomon Weilheimer von Bekannten, mit welchen er dort zusammentraf, im Scherze aufgefordert, nicht mehr nach Haus zu gehen, er berief sich aber auf den Schutz, den sein bestellter Begleiter ihm gewähre.

Als er endlich doch bedenklich zu werden anfing, trat Becker mit einem kräftigen Eichenstocke bewaffnet ein, erklärte auf die geäußerten Bedenken, indem er seinen Stock schwang und auf den Boden stieß: „Ach, was! Wir fürchten uns nicht, wir schlagen Alles zusammen! und forderte sodann den S. Weilheimer zum Fortgehen mit den Worten auf:

„Komm du Lumpenjud, wir wollen jetzt fortgehen!“

Obschon der Angeklagte an jenem Tage in einer Reihe von Wirthshäusern zu Mannheim und nach seiner Rückkunft von dort auch in Ladenburg eine Menge Bier getrunken hatte, so vermochte er doch vor dem Ausgang aus der Stadt seinen Schützling im Vorübergehen mit ihm in das Sternwirthshaus einzutreten, wo er zwei Schoppen Bier stehend trank und das Erbieten des Sa-

lomon Weilheimer, daß er zahlen wolle, zurückweisend, selbst bezahlte.

Am Rosenhofe sah er im Vorübergehen einen Burschen am Fenster bei einem Mädchen stehen, was ihn veranlaßte, hinzugehen, um zu sehen, wer noch so spät da schwatze, da, wie er in der Schlußverhandlung bemerkte, die Polizeistunde längst eingetreten gewesen sei. Nachdem er sich überzeugt hatte, daß der Bursche ein Ladenburger sei, schlug er ihm über die Füße und folgte dann dem vorausgeschrittenen S. Weilheimer, den er bald einholte.*)

Das Verbrechen wurde dann Nachts zwischen 10 und 11 Uhr auf der Fahrstraße zwischen dem Rosenhof und ihrer Ausmündung in die Bergstraße bei Dossenheim ausgeführt.

Ueber dasselbe liegt nur die Aussage des Beschädigten vor, da in der späten Abendstunde, in welcher es verübt wurde, kein Dritter um den Weg war.

Becker hatte den Leopold Weilheimer, den Bruder des Salomon, schon öfter heimbegleitet, den Salomon erst einmal, wenige Tage vor dem 11. Mai.

In seiner Trunkenheit scheint er diesmal den Drang der Versuchung, die Gelegenheit, das viele Geld des Israeliten sich anzueignen, nicht mehr haben überwinden zu können, und es ist in psychologischer Beziehung wirklich nicht ohne Interesse, wie sich der ihm aufdrängende Gedanke bis zur rohen Gewaltthat erkennbar steigerte und diese Steigerung sich in seinen Reden und Handlungen (nach der Erzählung des Beraubten) kund gab.

Nach dieser Erzählung begann nämlich der Angeklagte damit, daß er den Betrag des Geldes, welches Salomon Weilheimer bei sich trug, zu erforschen suchte, indem er gegen diesen äußerte, es werden gegen 700 fl. sein! worauf dieser — geflissentlich die Summe mindernd — erwiderte, es seien nur 200 fl. Dann steigerte er seinen Lohn, der für die früheren Gänge 12—15 kr. betragen hatte, auf einen preuß. Thaler, beifügend 5 fl. wären nicht zu viel!

Hierauf suchte er den S. Weilheimer auszuforschen, ob er fähig wäre, nach einem Raubanfalle alsbald in der Nacht nach Ladenburg zurückzulaufen, indem er fragte:

„Was wolltest Du machen, wenn Dir jetzt Einer das Geld nehmen wollte; Du müßtest es eben hergeben; Du hättest nicht das Herz, wieder nach Ladenburg zu gehen?

Als S. Weilheimer, den jetzt nach seiner Versicherung eine Ahnung dessen, was ihm bevorstand, befiel, eine ausweichende Antwort gegeben hatte, begann Becker über dessen Bruder Leopold zu schimpfen, vorgebend, dieser schulde ihm noch eine Ganggebühr; S. Weilheimer hütete sich aber, die Vorboten von Gewaltthätigkeiten erkennend, in einen Wortwechsel sich einzulassen und schwieg — über dieses Benehmen Beckers, welches er, sich und seinem Bruder gegenüber so nicht gewohnt gewesen sei, befremdet. Als er dann nach seinem Begleiter, der bisher links neben ihm auf der Fahrstraße gegangen war, sich umschaute, hörte er hinter sich einen Stockstreich durch die Luft brummen, der ihn auf seinen mit der Mütze bedeckten Kopf so heftig traf, daß er vorwärts taumelte; auf sein Geschrei folgte unter der Aeußerung: Hast Du die Kränk noch nicht? ein zweiter Streich, der auf der linken Seite des Kopfs am Ohr herabgleitend, die Kappe abstreifte und die Schulter traf.

Nun warf Weilheimer dem A. Becker, indem er um Schonung seines, eines Familienvaters, Lebens flehte, das Geldsäckchen hin mit den Worten:

„Wenn Du nur das Geld willst, so sollst Du es haben!“ und sprang Dossenheim zu. Nachdem er umschauend wahrgenommen hatte, daß Becker das Geld aufhob und mit starken Schritten feldeinwärts gegen Ladenburg ging, kehrte Weilheimer an den Ort zurück, wo er angefallen worden war und fand dort seine Mütze, das Geldsäckchen aber nicht mehr.

Dies die Erzählung des S. Weilheimer, der nun nach Dossenheim an das Haus seines Bruders Leopold eilte; diesen rief er von der Straße aus wach und deutete ihm seinen Unfall und dessen Urheber an. Nachdem Polizeidiener Stefan, durch den Lärm herbeigelockt, nach Eröffnung des Vorfalls sich bereit erklärt hatte, mit ihm nach Ladenburg zurückzugehen, um dort die Anzeige zu machen, sprang Leopold Weilheimer voraus und Salomon Weilheimer folgte mit Stefan.

Dieser hat in der öffentlichen Sitzung auf besonderes Befragen ausdrücklich bemerkt, Salomon Weilheimer sei, als er ihn am Hause seines Bruders Leopold getroffen, noch ganz „vergeistert“ gewesen, habe nicht zusammenhängend reden, und kaum ordentlich gehen können und

*) Es scheint, daß der Angeklagte nur deßhalb in Ladenburg im Stern einkehrte, um abzuwarten, bis die Straße „sauber“ sei, und daß er am Rosenhof nur deßhalb nach dem Burschen sah, um zu erfahren, ob derselbe nicht ein Fremder sei, der ihnen etwa nachfolgen könnte.

habe gar nicht wie ein Mann ausgesehen, welcher einen erdichteten Vorfall vortrage.

Das Haus, in welchem Becker in Ladenburg wohnt, wurde von den Dossenheimern umstellt, während ein Gendarm und Polizeidiener Sons oben die Haussuchung vornahmen. Diesen fiel auf, daß der mit seinem Vater das Lager theilende Andreas Becker, nachdem jener auf ihr Pochen an der Thüre geöffnet hatte, fortschlief und erst nach ungewöhnlichem Rütteln aufzuwachen begann. Beim Ankleiden entfielen den Hosentaschen Beckers Geldmünzen. Der Werth der von den Nachsuchenden aufgefundenen, worunter 8 halbe Guldenstücke, betrug 6 fl. 23 kr.

Nach Beckers Ablieferung in das Gefängniß fand Polizeidiener Sons in einer zur Aufbewahrung der von der Beckerschen Familie gesammelten Lumpen dienenden Kammer unter einem Haufen derselben versteckt, den ihm beschriebenen Geldsack, welchen der Beraubte als den seinigen anerkannte. Von den darin verwahrten Geldrollen waren einige bereits erbrochen. Das Säckchen enthielt noch 322 fl. 42 kr.

Das in der Hosentasche verwahrte Geld gab Becker vor, von seinem Taglohn erspart zu haben, wogegen das Zeugniß des Gemeinderaths, daß Becker dem Trunk ergeben, seinen Erwerb vergeude, sowie das Zeugniß des Caspar Sauer sprach, daß Becker an jenem Tage auf dem Weg nach Mannheim von ihm 12 kr. geliehen habe.

Der Angeklagte hatte sich anfangs auf das Läugnen beschränkt, und wollte den S. Weilheimer am Abend der That gar nicht gesehen haben. Da jedoch eine Masse von Zeugen darum wußte, daß er an jenem Abend mit S. Weilheimer, um diesen nach Dossenheim zu begleiten, von Ladenburg weggegangen war, mußte er die Unhaltbarkeit dieses Systems bald einsehen, weßhalb er sich nach einigen Wochen dazu herbeiließ, die Begleitung zuzugestehen, allein jede Gewaltthat zu läugnen. Er gab nämlich vor, der „Jude" habe ihm schon bei der früheren Begleitung den Vorschlag gemacht, den Erlös aus den abzuliefernden Lumpen in Verwahrung zu nehmen, damit er, Salomon Weilheimer, seinen Bruder Leopold um dessen Antheil an dem Gelde mit dem Vorgeben bringen könne, das Geld sei ihm geraubt worden.

Diese Vertheidigungsweise hielt der Angeklagte auch in der öffentlichen Sitzung ein.

Gegen sie sprach schon während der Voruntersuchung

1) der besonders gute Leumund des Beraubten,

2) Beckers Aneignung eines Theils des ihm angeblich anvertrauten Geldes, nach Erbrechung einiger Rollen,

3) die von dem Gerichtsarzt am andern Morgen an dem Beraubten wahrgenommene Verletzung, einer Beule auf dem Kopfe und einem schmerzhaften Fleck auf der linken Schulter, wahrscheinlich von Streichen mit einem Stock herrührend. In der öffentl. Sitzung gab der Gerichtsarzt noch die Auskunft, die Beule werde bei der Besichtigung nicht mehr als etwa 12 Stunden alt gewesen sein;

4) das Benehmen des S. Weilheimer nach der That, der offenbar, wenn sich die Sache so verhielt, wie Becker vorgab, nicht in der Lage gewesen wäre, seinen Bruder sogleich auf die Spur des Geldes zu bringen, welches ihm angeblich verheimlicht werden sollte.

In der öffentlichen Sitzung machte Becker hiergegen geltend, er habe bei Empfangnahme des Geldes, gegen welche er sich lange gesträubt, erklärt, er werde es an den Platz bringen, an welchen es gehöre, und er habe auch vorgehabt, es dem Leopold Weilheimer auszuhändigen, sei aber an der Ausführung dieses Vorhabens durch die noch in derselben Nacht erfolgte Verhaftung und Wegnahme des Geldes verhindert worden. Allein damit läßt sich nicht vereinigen, daß er

5) während der ersten 4 Wochen seiner Haft diese Entlastungsthatsache verschwiegen hatte, ein Umstand, den Becker vergeblich mit dem Vorgeben zu bemänteln sucht, daß er aus „Edelmuth," um den S. Weilheimer zu schonen, jene Thatsache verschwiegen habe.

Endlich kam gegen Becker in Betracht

6) sein überaus schlechter Leumund, nach welchem er roh, zu Gewaltthätigkeiten geneigt und des Diebstahls fähig erscheint,

In der öffentlichen Verhandlung vor dem Schwurgerichte fiel aber das unhaltbare Gebäude seiner Vertheidigung durch den unvorhergesehenen Stoß über den Haufen, den es durch die von Leopold Weilheimer bestätigte Versicherung des S. Weilheimer erhielt, daß nur Letzterer das Lumpensammelgeschäft betreibe, das er von seinem darin zurückgekommenen Bruder Leopold übernommen habe, und daß dieser ihm nur als bezahlter Gehilfe darin beistehe. Er machte namentlich auch noch darauf aufmerksam, daß der bei Ladenburg und Söhne umgesetzte Wechsel nur auf seinen Namen laute.

Hiergegen suchte Becker mit der Bemerkung aufzukommen, daß in dem schriftlichen und mündlichen Ge-

schäftsverkehr seiner Familie stets Leopold Weilheimer thätig gewesen sei, also wohl auch am Geschäft Theil haben müsse. Ihm trat auch der Sohn des Fuhrmann Trill, welcher den S. Weilheimer nach Eisenberg geführt hatte, unaufgefordert mit der Bemerkung bei, Leopold Apfel habe das Wägen und Aufladen der Lumpen überwacht, ihm Vorschuß auf den Fuhrlohn bezahlt und Verhaltungsmaaßregeln gegeben.

Der Angeklagte hatte in der Voruntersuchung behauptet, an jenem Abend nicht betrunken gewesen zu sein, was er bei der Verhandlung wiederholte, jedoch meinte er, nach Anhörung der Zeugen, welche über seinen Zustand auffallend verschieden aussagten, die einen: man habe ihm im Gehen und Sprechen die Trunkenheit angemerkt, die andern: man habe bemerkt, daß er getrunken gehabt habe, mehrere: sie haben keine Spur von Trunkenheit an ihm wahrgenommen — er werde das Bier eben doch gespürt haben.

Seine Persönlichkeit und sein Gebähren stach von der des S. Weilheimer auffallend ab; während er robust, derb, rauh und vorlaut erschien, war dieser klein, schlicht, ruhig, schüchtern.

Das kecke Wesen des Angeklagten konnte nicht verfehlen, einen ihm ungünstigen Eindruck zu machen, doch war er am 2. Tage der Verhandlung (diese war nämlich mit dem Schluß der Zeugenabhör am Abend des 16. abgebrochen und Mittwoch den 17. Morgens mit Begründung der Anklage fortgesetzt worden) an seinem Aeußeren und an seiner Haltung nicht zu verkennen, daß der Ernst und die Würde des vor ihm sich entwickelten gerichtlichen Dramas nachgerade einen tiefen Eindruck auf ihn zu machen begann.

Nachdem die großh. Staatsbehörde die Anklage in der bereits angedeuteten Richtung begründet, dabei namentlich auf die Glaubhaftigkeit des S. Weilheimer verwiesen und darauf aufmerksam gemacht hatte, wie viele Umstände für die Wahrheit seiner Schilderung des Vorfalls und gegen die Glaublichkeit der Vertheidigungsweise des Angeklagten sprechen, begann Adv. Schenkh die Vertheidigung des Angeklagten, in welcher er auszuführen suchte:

1) es fehle am Thatbestand des Raubs, da Weilheimer sein Geld unaufgefordert hingegeben habe und dieser nicht behaupten könne, daß die Handlungen und Aeußerungen des Becker, (welcher vor dem Abgang von Ladenburg mit dem Vertrauen, welches auf ihn gesetzt wurde, augenscheinlich geprahlt habe) erkennbar auf Aneignung des Geldes gerichtet gewesen sei;

2) jedenfalls sei der Raub nicht bewiesen, da die Aussage nur eines Zeugen um so weniger genüge, als

α) dieser Zeuge hier betheiligt,

β) zugestandenermaaßen in großer Aufregung, also der Täuschung leichter unterworfen gewesen sei.

3) Die Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten sei durch den hohen Grad seiner Trunkenheit aufgehoben gewesen, für welche Behauptung die Ansicht mehrerer Schriftsteller der gerichtlichen Medicin vorgetragen wurde.

Nachdem die großh. Staatsbehörde in ihrem Schlußantrag namentlich das Zurückgehen auf Beweisregeln bekämpft und den Geschwornen in lebhaftem Vortrag ihr Recht und ihre Pflicht nur ihre innere Ueberzeugung zu Rathe zu ziehen, vergegenwärtigt hatte, wurde dem Vertheidiger noch einmal das Wort gegeben, und dann die Verhandlung geschlossen, worauf der Präsident den Schlußvortrag hielt und die Geschworenen dann nach §. 96, 1—3 des Ges. v. 5. Februar d. J., über das was ihres Amtes sei, belehrte.

Der Gerichtshof sah sich veranlaßt, zwei Fragen zu stellen, die eine: ob der Angeklagte des Raubes durch thätliche Gewalt und Drohung (nach §. 410 Str.G.B.) schuldig sei; die andere mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der Zeugenaussagen und um mit Rücksicht auf die §§. 75, 153, 2, 152, 3 Str.G.B. und §. 96 des Ges. v. 5. Febr. d. J. die Geschworenen darauf aufmerksam zu machen, daß die Würdigung eines nur als Strafminderungsgrund wirkenden Trunkenheitszustandes ihnen nicht zukomme, dahin:

> Ist erwiesen, daß der Angeklagte zur Zeit der in der ersten Frage bezeichneten That in solchem Grade betrunken war, daß sein Zustand einer gänzlichen Verwirrung der Sinne oder des Verstandes nahe gekommen ist?

Die erste Frage wurde in dem Wahrspruch der Geschworenen bejaht. Die zweite verneint und auf den Grund dieses Wahrspruchs von dem Gerichtshofe das Urtheil dahin gefällt:

> Der Angeklagte sei des an S. Weilheimer verübten Raubes für schuldig zu erklären und deßhalb zu einer Zuchthausstrafe von 4 Jahren oder 2 Jahren 8 Monaten in Einzelhaft, mit 4 Wochen Hungerkost in jedem Jahr, zur Stellung unter polizeiliche

Aufsicht in der Dauer von 3 Jahren, sowie in die Kosten zu verurtheilen.

Bei der Strafausmessung wurde einerseits die Größe der geraubten Geldsumme, die Ausführung des Raubs durch thätliche Gewalt und Drohung, die Verletzung der dem Beraubten gegebenen Zusage des Schutzes, anderseits aber die durch übermäßigen Genuß geistiger Getränke herbeigeführte Aufregung des Angeklagten berücksichtigt.

Nach diesem Falle kam zur Verhandlung:

2) die Anklage gegen

Adam Schalk von Neckarhausen, 19 Jahre alt, und Bernhard Ewald von Sandhofen, 23 Jahre alt, beide ledige Schmiedgesellen, bisher unbescholtenen Rufes.

Sie sind beschuldigt, am Abend des Palmsonntags, den 13. April d. J., an der 45 Jahre alten Katharina geb. Sattler, Wb. des Heinrich Stein von Siedelsbrunn, in der Nähe der Rautenmühle bei Ladenburg das Verbrechen der Nothzucht verübt zu haben.

Aus Gründen der sittlichen Schicklichkeit hatte der Gerichtshof beschlossen, daß die Sitzung bei geschlossenen Thüren stattfinde. (§. 37, §. 91 des Ges. vom 5. Februar 1851 über die Strafrechtspflege.)

Bernhard Ewald war in Seckenheim in Arbeit und wollte für einen erkrankten Nebengesellen den ihm bekannten, in Schriesheim arbeitenden Adam Schalk einstellen. Er ging deßhalb in Begleitung des Adam Bitsch, Peter Seib und Philipp Seel am Palmsonntage Nachmittags von Seckenheim über Ladenburg nach Schriesheim. Schon in Ladenburg wurde ein Wirthshaus besucht und in Schriesheim mit Adam Schalk in der Pfalz und in dem Wirthshaus zur Rose getrunken. Der Rosenwirth bestimmte, als er Abends an den zechenden Handwerksburschen Zeichen der Trunkenheit wahrnahm, dieselben, sich zu entfernen.

Auf dem Heimwege von Schriesheim nach Ladenburg wurden sie Abends nach 9 Uhr bei der jenseits des Kanzelbachs liegenden Leimsiederei von der 20 Jahre alten Katharina Knapp von Unterabtsteinach und Katharina Stein Wb. eingeholt, welche an jenem Tage einen Besuch in ihrer Heimath gemacht hatten und auf dem Rückwege zu ihren Dienstherrschaften begriffen waren. Die erstere dient nämlich im Lustgarten zu Ladenburg, die letztere, welche 5 Kinder zu ernähren hat, in Neckarhausen.

Vier von den Burschen gesellten sich zu diesen und trennten sie; der rüstigeren Katharina Knapp gelang es aber, sich von ihren zudringlichen Begleitern freizumachen. Sie entsprang nach Ladenburg, als sie wahrnahm, daß ihre ältere, schwache Begleiterin, welche hinter ihr zurückgeblieben war, der Brutalität des Adam Schalk unterliege.

In Ladenburg forderte sie ihre Nebenmagd auf, mit ihr der Ueberwältigten zu Hilfe zu eilen, beide bewogen den Georg Baumann und Georg Fontaine, welche sie auf dem Marktplatz in Ladenburg trafen, sich zu ihnen zu gesellen und als sie an der Rautenmühle vorübergekommen, die Bursche noch auf dem Platze sahen, wo Katharina Stein überwältigt worden war, gingen sie an diese Mühle zurück und verstärkten sich dort noch durch 3 Mühlknechte. Im Begriff, auf die Bursche loszugehen, trafen sie auf der Brücke bei der Mühle mit 2 derselben zusammen, welche auf die Erklärung der Knapp: „das sind sie!" entsprangen, allein später zwischen Neckarhausen und Seckenheim verhaftet wurden. Es waren Ewald und Schalk.

Wittwe Stein, von ihren Befreiern auf das Rathhaus in Ladenburg geführt, machte dort die Anzeige, worauf gerichtliche Untersuchung eingeleitet wurde. Die großh. Anklagekammer (ungeachtet sie die Ansicht des Untersuchungsrichters theilte, daß durch das bezeichnete Verbrechen öffentliches Aergerniß erregt worden sei, sah sich jedoch vor Erlassung des Verweisungserkenntnisses zu der Anordnung veranlaßt, daß der Untersuchungsrichter die Wittwe Stein zu einer bestimmten Erklärung auffordern solle, ob sie Untersuchung und Bestrafung der Angeschuldigten verlange? worauf sie die Erklärung abgab:

„Ich beantrage, daß die Bursche, welche das Verbrechen an mir verübt haben, so bestraft werden, wie es sich gehört."

Die Angeschuldigten hatten in der Untersuchung die Anwendung von Gewalt geläugnet; auch die Vertheidigung suchte darzuthun, daß die angebliche Vergewaltigung von der Wb. Stein nur, um ihre Ehre zu wahren, vorgeschützt werde.

In der öffentlichen Verhandlung schien sich auch die Sache zu Gunsten der Angeschuldigten zu wenden; denn ein Hauptzeuge, dessen Vernehmung mündlich noch, mannigfach ergänzt werden sollte, Peter Seib, hatte unterdessen durch einen unglücklichen Sturz vom Wagen seinen Tod gefunden. Er war vor dem Zusammentreffen mit Stein und Knapp etwas hinter seinen Kameraden zurückgeblieben und hatte allein die Ausführung des Verbrechens, vergeblich abwehrend, mit angeschaut.

Dann hatte die als Entlastungszeuge über die Trun-

kenheit Ewalds vorgeladene Ehefrau des Gefangenwärters Hahn weiter bezeugt, die Stein habe ihr am Morgen nach der That einen Groschen und einen Kupferkreuzer als von den Burschen herrührend gezeigt. Auch eine der Töchter der Hahn'schen Ehefrau, welche zufällig in Mannheim anwesend, von dem Präsidenten vor die Schranken des Gerichts gefordert und in Folge eines Beschlusses des Gerichts beeidigt wurde, sagte übereinstimmend mit ihrer Mutter aus. Die Wittwe Stein erkannte dann diese Zeugnisse als richtig an, versicherte aber, nicht zu wissen, wie das Geld in ihre Tasche (in welcher sie nur 6 kr. eigene Baarschaft gehabt habe) gekommen sei, da sie das Drängen Ewald's, sie solle es annehmen, zurückgewiesen habe. Durch das Triumphiren dieses Burschen über die ihm günstigen Hahn'schen Zeugnisse, wurde Wtb. Stein, welche sich bisher als eine verkümmerte, mehr als einfache Person, gegeben hatte, schließlich zu einer verhältnißmäßig energischen Geltendmachung ihrer Unbescholtenheit gegen diesen veranlaßt. Schalk, ein großer kräftiger junger Mensch, ein Schmiedeknecht auch im Aeußern, war unter unverkennbaren Zeichen der Verschämtheit, während der Verhandlung in sich gekehrt und wortkarg, Ewald dagegen ein blasser, weniger kraftvoller kleinerer Mensch, keck, wort- und phrasenreich, wobei er, wie gereiste Handwerksbursche zu thun pflegen, in der Auswahl der Worte und Wendungen und in der Stylisirung nicht eben dem Streben nach Richtigkeit des Ausdrucks huldigte.

Der Leumund der Wtb. Stein ist, auch in geschlechtlicher Beziehung unbescholten; doch hatte sie während ihres ledigen Standes 2 Kinder geboren, deren eines, wie sie zugibt, nicht von ihrem späteren Ehemanne stammt.

Die Vertheidigung wollte das Verfahren des Untersuchungsrichters auf den Grund des §. 338 des Str.G.B. deßhalb als nichtig anfechten, weil es ohne Anzeige der Beschädigten eingeleitet worden sei, allein wie schon die großh. Staatsbehörde in ihrer Entgegnung machte der Präsident vor seinem Schlußvortrag die Vertheidiger und die Geschworenen darauf aufmerksam, daß die Letzteren zur Entscheidung von Formfragen nicht berufen, und daß die Angeklagten, die — übrigens irrthümlich — gerügte Formwidrigkeit der Voruntersuchung nach §. 82 des Ges. vom 5. Februar 1851 über die Strafrechtspflege nur zur Begründung einer Beschwerde gegen das Verweißungserkenntniß der Anklagekammer an grßh. Oberhofgericht hätten benützen können, was jedoch nicht geschehen und nach eingetretener Rechtskraft dieses Erkenntnisses nicht mehr zuläßig sei.

Bei Berathung der Fragestellung sah sich der Gerichtshof, da auch hier die Zeugnisse über die Trunkenheit und deren Grad sehr auseinandergingen, veranlaßt, eine Frage über das Vorhandensein des strafmildernd wirkenden Grades der Trunkenheit, den Fragen nach dem Beweis des Thatbestandes einer Nothzucht beizufügen. Sie wurde jedoch in dem Wahrspruch verneint, die letzteren Fragen dagegen wurden bezüglich beider Angeklagten bejaht, übrigens mit der zugefügten Beschränkung:

Die Geschlechtsehre der Katharina Stein ist nicht ununbescholten.

Die angewendete Gewalt war gering, die Drohungen waren nicht genügend.

Der Präsident sah sich dadurch, im Hinblick auf den §. 100 des Ges. v. 5. Febr d J., veranlaßt, mit dem Gerichtshof abzutreten, um vorerst zu erwägen, ob durch die Beschränkung: die Gewalt war eine geringe! nicht (wie nachher auch die Vertheidigung geltend machte) das wesentliche Merkmal der Nöthigung verneint, also ein Widerspruch oder eine Unklarheit in dem Wahrspruch enthalten sei; allein die Berathung führte zu der Ueberzeugung, daß, da das Strafgesetz in §. 355 zum Thatbestand nicht einen höhern oder bestimmten Grad von Gewalt, sondern nur eine solche Gewalt fordere, welche im gegebenen Falle den Widerstand der Genöthigten überwältigt habe, eine Nöthigung durch, wenn auch nur geringe, thätliche Gewalt immerhin eine Nöthigung im Sinne des §. 355 des Str G.B. bleibe; daß die Geschwornen durch ihren Ausspruch, die Nöthigung sei durch thätliche Gewalt erfolgt, dieses Merkmal des Thatbestandes als vorhanden erklärt und sich durch den, für die Feststellung des Thatbestandes völlig unerheblichen Beisatz, die Gewalt sei eine geringe gewesen, nur über einen Strafausmessungsgrund ausgesprochen haben, dessen Würdigung dem Schwurgerichtshofe bei der Strafbestimmung zustehe; während die Anwendung von Drohungen durch die Erklärung der Geschworenen, daß sie nicht genügend gewesen, allerdings als verneint anzunehmen sei, daher beim Straferkenntniß wegfalle, weßhalb nach Anhörung des Strafantrags der großh. Staatsbehörde mit Rücksicht auf den durch genossene Getränke aufgeregten Zustand der Angeklagten zur Zeit der That, erkannt wurde:

> Die Angeklagten Adam Schalk und Bernhard Ewald seien des an der Katharina Stein von Siedelsbronn vollendeten Verbrechens der Nothzucht, und zwar Adam Schalk in fortgesetzter That, für schuldig zu erklären, und deßhalb Adam Schalk zu einer Arbeitshausstrafe von zwei Jahren, Bernhard Ewald zu einer Arbeitshausstrafe von einem und einem halben Jahre, beide zur Tragung der Kosten des gerichtlichen Verfahrens, unter sammtverbindlicher Haftbarkeit, sowie jeder zur Tragung seiner Strafvollstreckungskosten zu verurtheilen.

(Schl. flgt.)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. **No. 43.** **Mannheim**, 25. October **1851.**

I.

Schwurgerichtsfälle aus dem Unterrheinkreise.

(Schluß.)

Die dritte, auch wieder in geheimer Sitzung verhandelte Anklage betraf einen Versuch der Nothzucht, dessen Karl Lay von Heidelberg, 21 Jahre alt, lediger Taglöhner, angeklagt war.

Er soll dieses Verbrechen in der Nähe des vielbegangenen s. g. Friesenwegs bei Heidelberg an der damals hochschwangeren Ehefrau des Leinewebers Leonhard Beisel von Gaiberg, Katharina geb. Neureiter, einer Frau von ganz unbescholtenem Rufe, Samstag den 17. Mai d. J., Vormittags etwa um 9 Uhr versucht haben, als diese von dem Kirchhofe in Heidelberg, wo sie Immergrün verkauft hatte, auf dem nach Gaiberg führenden Bergpfad den Heimweg angetreten hatte.

Der Thäter war durch das Herannahen von Leuten, welche auf den Hilferuf der Angefallenen nacheinander auf den Platz eilten, verscheucht worden.

Der einzige Zeuge, welcher — zuerst sich nahend — den Thäter erblickt hatte, nach der Beschreibung der Ehefrau Beisel ein ihr unbekannter Spaziergänger, konnte nicht ermittelt werden; die übrigen auf ihren Ruf herbeieilenden Leute bekamen den Thäter nicht mehr zu sehen. Dieser hatte aber ein altes Kamisol auf dem Platze zurückgelassen, auf dessen Vorzeigen und auf Beschreibung des Aeußeren des Thäters Waldhüter Himmer, mit welchem die Beiselsche Ehefrau und deren Begleiter zusammentrafen, die Vermuthung äußerte, daß der ihm bekannte Karl Lay, welcher kurze Zeit vorher im Walde ein ähnliches Vergehen verübt hatte, der Thäter sein werde.

Dieser wohnt bei seinen Eltern in einem der obersten Häuser der Bergstadt, war an jenem Morgen schon früh in die Stadt hinabgegangen, hatte dort Bier und Wein getrunken und bei seiner Heimkehr nach 8 Uhr mit Nachbarinnen auf eine, seine Lüsternheit verrathende Weise gescherzt. Dann hatte er, es war ein Waldtag, sich zum Holzhohlen fertig gemacht und beim Weggehen seine Trunkenheit und rohe Sinnlichkeit auf grelle Weise kundgegeben.

Er war mit einer abgetragenen blauen Bluse bekleidet, in deren Gürtel er, wie dies beim Gang in das Holz gebräuchlich ist, hinten ein Hackbeil gesteckt hatte, über welcher er Stricke zum Binden des Holzes auf der Achsel trug.

Es ist bei Leuten seines Schlags hergebracht, zur Erleichterung des Heimtragens der Holzladung irgend ein altes abgelegtes Kleidungsstück zum Unterlegen mit in den Wald zu nehmen, und Barbara Sommer, welche den Angeklagten fortgehen sah, versichert, einen Gegenstand, wie ein Kamisol, über seine Achsel hängen gesehen zu haben. Die übrigen Zeugen hatten hierauf nicht Acht und Lay behauptet, er habe zur Unterlage für das Holz einen Tragring mitgenommen. Seine Familienangehörigen mußten zugeben, daß sein jüngerer Bruder einen dem auf dem Schauplatz der That zurückgebliebenen ähnlichen Wamms früher getragen habe, fügten aber bei, daß dieser zu den abgelegten Kleidern in den Lumpenbehälter geworfen worden und wohl schon längst an den Lumpensammler verkauft sei. Namentlich hatte der Stiefvater des Angeklagten, Konrad Cavallo, welcher an jenem Vormittage im Heidelberger Stadtwalde an dem Pfade, auf welchem die Beiselsche Ehefrau nach dem Anfall ihren Heimweg fortsetzte, mit Steinbrechen beschäftigt war, als ihm dort ohne weitere Mittheilungen der von dem unbekannten Thäter zurückgelassene Wamms vorgezeigt wurde, diesen sogleich als den seines (damals auswärts beschäftigten) jüngeren Sohnes (Karl Lay ist der ältere) anerkannt.

Karl Lay kam erst Nachmittags aus dem Walde zurück und trug auffallender Weise seine Holztasf auf der ausgezogenen und auf der Achsel zusammengelegten Bluse.

Die Beisel'sche Ehefrau hatte, als sie mit den auf dem Schauplatz der That zu ihr gekommenen Leuten denselben verlassen hatte, diesen einen, wie Lay gekleideten und bewaffneten Burschen von seiner Gestalt, der auf einem höher gelegenen Waldpfad hingehend, ihnen den Rücken kehrte, als den entlaufenen Thäter bezeichnet; der Angeklagte läugnet aber, daß er es gewesen sei, den sie dort gesehen haben und macht geltend, daß an Waldtagen viele junge Leute von seiner Gestalt und Kleidung in den Wald gehen.

Allein die Beisel'sche Ehefrau, eine unansehnliche Frau von ruhigem und gesetzten Wesen und nicht reizendem Aeußern, bezeichnet auch in der Schlußverhandlung mit aller Bestimmtheit ihn als den Angreifer, was der Angeklagte, ein schlanker junger Mann, mit dunklen Haaren und schmalem Gesicht von ziemlich regelmäßigen Zügen, ebenso bestimmt widerspricht.

Er behauptet, er sei zur Zeit, wo der Anfall auf die Beisel'sche Ehefrau geschehen sein solle, gar nicht an dem Orte, wo er sich ereignet habe, gewesen; er sei vielmehr erst später auf einem andern Wege in den Wald gegangen, und bis nach 10 Uhr in der Stadt beschäftigt gewesen. Dann gab er aber doch zu, denselben Weg eingeschlagen zu haben. Er wiederholte, auf das bestimmte Zeugniß der Angefallenen aufmerksam gemacht, die auf die alte Beweistheorie berechnete Phrase: da sollte sie ihm Zeugen stellen, dafür wolle er Beweis haben!

Allein daß er — und zwar in der Richtung nach dem Friesenweg u. nach dem Orte, wo die Beisel nachher angefallen wurde, gegen 9 Uhr durch die Gärten den Weg nach dem Stadtwalde hinauf gegangen sei, haben mehrere Nachbarinnen bestimmt behauptet, und daß er länger als bis nach 8 Uhr in der Stadt gewesen sei, konnte er nicht beweisen. Er hatte sich auf das Zeugniß des Fuhrmanns Georg Würfel von Steinsfurth berufen, dem er habe laden helfen. Dieser erklärte aber, er sei an jenem Tage nicht in Heidelberg gewesen. Nun bezeichnete der Angeklagte in der Schlußverhandlung einen jüngeren Bruder des Zeugen als denjenigen, auf welchen er sich habe berufen wollen; allein der Zeuge entgegnete ihm sogleich, daß sein nun bezeichneter Bruder gar nicht oder nur höchst selten nach Heidelberg fahre.

Der Leumund des Angeklagten ist ganz schlecht, der Gemeinderath schildert seine Erziehung als vernachlässigt und ihn als sittlich verwahrlost; sein Stiefvater lobt seine Aufführung nicht und Jos. Forster, ein Gewerbsgenosse desselben, stellt ihn als einen rohen schlimmen Kerl dar; seine Nachbarn bezeichnen ihn als einen rohsinnlichen Burschen, der, wenn er im Zustand der Trunkenheit sei, von Jedermann gemieden werde.

Seine 17 Jahre alte Schwester Dorothea, freilich selbst eine leichtfertige Dirne, beschuldet ihn gerichtlich unzüchtiger Ueberfälle; außerdem ist auch noch eine andere Untersuchung wegen Nothzucht gegen ihn anhängig, welche sich aber deßhalb nicht zur schwurgerichtlichen Aburtheilung eignete, weil die angeblich Genöthigte in Ansehung ihrer Geschlechtsehre nicht von ganz unbescholtenem Rufe ist.

In der Sitzung benahm sich der Angeklagte sehr keck und gab sich öfter unbekümmert der Heiterkeit hin, namentlich lachte er einmal hell auf, als eine Zeugin, die an sie gerichtete Frage mißverstand, eine ungeschickte Antwort gab; was ihm von Seite des Präsidenten eine Rüge seines unziemlichen Benehmens zuzog.

Die Vertheidigung beanstandete, daß die Angefallene, nachdem die Untersuchung bereits eingeleitet gewesen, nachträglich zu der Erklärung veranlaßt worden sei, sie verlange Untersuchung des an ihr versuchten Verbrechens und Bestrafung des Thäters, was wie dem Staatsanwalt, so auch dem Präsidenten abermals Gelegenheit gab, auf den dritten Absatz des §. 82 des Ges. vom 5. Febr. 1851 über die Strafrechtspflege hinzuweisen.

Sodann bemängelte sie den Beweis der Anklage, daß der Angeklagte der Angreifer gewesen sei, und dessen Zurechnungsfähigkeit wegen Trunkenheit.

Allein die Geschworenen erklärten ihn des Versuchs des Verbrechens, dessen er angeklagt war, für schuldig, verneinten dagegen, daß er in einem zur Strafmilderung berechtigenden Grade betrunken gewesen sei, worauf ihn der Gerichtshof zu Zuchthausstrafe von 3 Jahren oder 2 Jahren in Einzelhaft, in jedem Jahr mit 4 Wochen Hungerkost, und zur Stellung unter polizeiliche Aufsicht in der Dauer von 2 Jahren verurtheilte.

L. Stempf.

II.

Ueber die Beiladung eines Dritten zum Rechtsstreit nach der jetzigen Proceß-Ordnung, insbesondere über das Ungehorsamsverfahren gegen den Dritten.

Der oft besprochene §. 118 der alten Pr.O. ist als §. 113 in der neuen Pr.O. beibehalten worden. Bei der allgemeinen Proceßverbesserung hat derselbe in der Halle der Gesetzgebung Gnade und dazu, nach dem Vorschlag der Regierung, in §. 114 der neuen Pr.O. noch die namhafte Erweiterung erhalten, daß nicht nur die Beiladung ausdrücklich auch zu dem Zweck gestattet wurde, um einen Dritten zur Erklärung oder Eidesleistung über eine angeblich von ihm vorgenommene Rechtshandlung, falls erstere von Erheblichkeit sein kann, aufzufordern, sondern daß auch zugleich festgesetzt wurde, der Ungehorsam des Dritten solle die Annahme einer dem Auffordernden günstigen Erklärung, beziehungsweise einer Eidesverweigerung zur Folge haben.

In der zweiten Kammer der Landstände sollen, wie es zu erwarten war, lebhafte Kämpfe über die Beiladung stattgefunden haben; wegen Nichtveröffentlichung des genauern Inhaltes der Verhandlungen ist aber das Nähere hierüber nicht bekannt, sondern es ist nur so viel außer Zweifel, daß der Schlußbeisatz in §. 114:

> „und es bleibt dem richterlichen Ermessen überlassen, welche Wirkung der Erklärung, beziehungsweise Eidesverweigerung des Beigeladenen gegenüber der Gegenpartheí des Auffordernden beizulegen sei;"

durch Beschluß der zweiten Kammer beigefügt wurde, ein Beisatz, welcher nicht geeignet ist, größere Sicherheit in die schwankende, an sich des festen Rechtsbodens ermangelnde, Lehre von der Beiladung zu bringen.

Ferner wurde dem §. 528 (früher 572) der Pr.O. im Titel vom Haupteide im Einklang mit §. 114 eine Fassung gegeben, wodurch die Voraussetzung, daß der beigeladene Dritte, wenn ihm der Eid zugeschoben werden soll, gleich wie der durch die Streitverkündung aufgeforderte Dritte, am Rechtsstreit Theil genommen haben muß, für die Zukunft beseitigt würde.

Hiernach hat die Lehre von der Beiladung immerhin eine wesentlich neue Gestalt angenommen. Zu deren richtigen Auffassung wird vorzüglich die in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern, neue Folge Band 10, S. 149 bis 165, von Stabel gegebenen Ausführung dienen, deren Einfluß auf die Umgestaltung des Gesetzes wohl nicht zu verkennen ist. Hiemit sind Stabels Vorträge über den bürgerlichen Proceß §. 26 zu vergleichen.

Ueberdieß ist aber auch, wie im Commissionsbericht der zweiten Kammer zu Art. V. des Entwurfs (vom Abgeordneten Anton Mayer) besonders hervorgehoben wurde, der §. 37 des im Jahr 1848 vorgelegten, nicht zur Ausführung gekommenen Entwurfes eines Gesetzes über das Verfahren bei den Amtsgerichten, geeignet, das richtige Verständniß des neuen Gesetzes hinsichtlich der Beiladung zu fördern, insofern sich die jetzige Gesetzgebung der Hauptrichtung nach an den erwähnten Entwurf vom Jahr 1848 immerhin anschloß, wenngleich sie in der Voraussetzung, daß die bestehende Gesetzgebung Anhaltspunkte genug biete, um bei der Entscheidung nicht gänzlich fehl zu gehen, die Frage „wann die Erklärung eines Dritten objectiv für den gegenwärtigen Rechtsstreit entscheidend und wie weit die Erklärung des Dritten deren Erheblichkeit vorausgesetzt, subjectiv glaubwürdig sei," der freiesten richterlichen Beurtheilung, je nach Gestalt des vorliegenden Rechtsverhältnisses, anheimstellen wollte.

> Vrgl. die Regierungs-Motive und den angeführten Commissionsbericht zu Art. V. des Entwurfes vom Jahr 1850.

Der angeführte §. 37 des früheren Entwurfes, den zu vergleichen manchem Richter zur rechten Zeit Muße und Gelegenheit fehlen möchte, lautet wie folgt:

„Wenn in einem Rechtsstreit ein Rechtsverhältniß oder ein Rechtsgeschäft streitig wird, welches die eine oder andere Parthei mit einem Dritten eingegangen hat, und welches auch unter den Partheien wirksam sein würde, so kann jede Parthei die Beiladung dieses Dritten oder seiner Rechtsnachfolger begehren, um sich über die auf jenes Rechtsverhältniß oder Rechtsgeschäft bezüglichen, unter den Partheien bestrittenen Thatsachen oder Urkunden zu erklären, so wie zum Zweck des Ausschwörens darüber zugeschobener oder auferlegter Haupt- und Notheide. Die Geständnisse des Beigeladenen, die Eidesweigerung oder die Versäumnisse desselben haben volle Wirkung unter den Partheien, wofern dadurch der Dritte sich mit einer Verbindlichkeit belastet, oder eines ihm sonst zustehenden Rechts begibt.

Wenn jedoch die Wahrscheinlichkeit einer Verabredung zwischen dem Dritten und einer Parthei zum Nachtheil des Gegners aus den Umständen sich ergibt und der sich

dadurch belastende Dritte keine Sicherheit für die Vollstreckbarkeit eines ihn verurtheilenden Erkenntnisses darbietet, so kann der Richter die Wirkung des Geständnisses der Eidesverweigerung oder des Versäumnisses desselben für gemindert und selbst für aufgehoben erachten.

Wo es jedoch auf sicheren Tag und Jahr eines Rechtsgeschäftes ankommt, kann dieses durch das Geständniß des Beigeladenen nicht erwiesen werden."

Soweit die im Jahr 1848 vorgeschlagene Gesetzesbestimmung. Wenn sich der Richter auch nicht unmittelbar und ohne weitere Prüfung an dieselbe zu halten hat, so kann er doch im Allgemeinen daraus entnehmen, welche Gesichtspunkte bei Anwendung der §§. 113, 114 der Pr.O. in das Auge zu fassen, und welche Mißgriffe jedenfalls zu vermeiden sind.

Nachdem im Obigen der jetzige Stand der Lehre von der Beiladung dargestellt wurde, ist die Erörterung einer besonderen Frage, die sich bei Anwendung des neuen Gesetzes sogleich darbietet und eine ausdrückliche Entscheidung in diesen nicht gefunden hat, hiedurch zugleich vorbereitet.

Es fragt sich nämlich:

Wie ist das Ungehorsamsverfahren gegen den Beigeladenen Dritten einzuleiten und durchzuführen?

Wegen der schwer zu verkennenden, oft besprochenen Mißverhältnisse *), die ein Ungehorsamsverfahren gegen den beigeladenen Dritten in seiner Ausführung mit sich bringt, wird sich vielleicht Mancher, (wie ich dieses in der That schon wahrzunehmen Gelegenheit hatte) zu der Ansicht hinneigen, daß ungeachtet der neuen gesetzlichen Bestimmungen ein eigentliches Ungehorsamsverfahren gleichwohl nicht Platz greifen könne.

Allein da das Gesetz selbst vom Ungehorsam des Dritten spricht, und zugleich, indem es die Folge des Ungehorsams ausdrücklich festsetzt, unverkennbar ein Ungehorsamsverfahren, sei es nun das gewöhnliche oder ein außergewöhnliches, dem Richter vorzeichnet, ist nicht abzusehen, wie man die Statthaftigkeit eines Ungehorsamsverfahrens überhaupt mit Grund bezweifeln kann.

Bei der jetzt eingetretenen wesentlichen Umgestaltung des Ungehorsamsverfahrens im Allgemeinen bietet sich aber die nicht so leicht zu beantwortende Frage dar, ob nun im angeregten Falle das jetzt die Regel bildende Ungehorsamsverfahren des §. 608 verglichen mit §. 604 Abs. 2 der Pr.O., oder das besondere Verfahren des §. 607, oder welches Verfahren sonst in Anwendung zu bringen ist?

In dem ersten Fall, wenn nämlich das regelmäßige Ungehorsamsverfahren Anwendung fände, wäre der Beizuladende zuerst „bei Verminderung des gesetzlichen Nachtheils" vorzuladen und es hätte im Falle seines erstmaligen Ausbleibens eine weitere Vorladung mit specieller Androhung des bezüglichen Rechtsnachtheils und gemäß §. 609 im Falle des abermaligen Ausbleibens der Ausspruch des angedrohten Rechtsnachtheils, im Falle des Erscheinens erst auf die zweite Ladung aber sogar die gewöhnliche Verschleppungsbuße von 3 bis zu 15 Gulden gegen den Säumigen einzutreten.

Diese Art des Verfahrens gegen den Dritten mag, besonders in der letzten Beziehung, nicht ganz angemessen und zu hart scheinen, man könnte daher eher geneigt sein, die nach §. 608 für einige Fälle ausnahmsweise noch beibehaltene frühere Einrichtung des Ungehorsamsverfahrens dem Beigeladenen gegenüber in Anwendung zu bringen. Hiebei könnte man zugleich in der neuen Bestimmung des § 982 und 983, wonach bei der Beschlagnahme von Forderungen auf Begehren des Klägers dem dritten Schuldner die Erklärung über Richtigkeit und Größe der Forderung in ähnlicher Weise aufgegeben wird, eine in mancher Hinsicht zutreffend scheinende besondere Rechtsähnlichkeit als Vorbild für unseren Fall finden, und sich darauf berufen, daß gemäß §. 604 der Richter nur in der Lehre vom Ungehorsam auf folgerichtige Ableitung aus dem Gesetz besonders hingewiesen ist.

Nichts desto weniger scheinen überwiegende Gründe für Anwendbarkeit des zuerst erwähnten regelmäßigen Verfahrens zu sprechen:

1) Vor allem spricht dafür wohl schon die Consequenz des Grundsatzes, welcher in diesem Theil unserer Gesetzgebung einmal Aufnahme gefunden hat. Ist dem Dritten in Bezug auf die Vornahme der geforderten Prozeßhandlung, sogar selbst hinsichtlich des zugeschobenen Eides, die nämliche Verpflichtung wie der Parthei selbst auferlegt, so ist es wohl natürlich, daß im Falle des Ungehorsams so und nicht anders gegen Jenen verfahren wird, als gegen die Parthei selbst, sofern das Gesetz nichts Anderes bestimmt.

*) Vergl. Annalen Jahrg. XVII., S. 190, 255, 260.

2) Gemäß §. 38 des mehrerwähnten Entwurfes vom Jahr 1848, an welchen sich das neue Gesetz in der oben angeführten Weise anschloß, sollte der Ungehorsam des Beigeladenen der Hauptsache nach ebenfalls so behandelt werden, wie der Ungehorsam der Parthei selber. Es wurde in jenem §. 38 hinsichtlich des gegen den Beigeladenen stattfindenden Ungehorsamsverfahrens auf die Vorschriften der §§. 14, 15 wegen Ungehorsam der Parthei selbst zurückverwiesen, und demgemäß für den Fall des Ausbleibens die Erlassung eines Versäumungserkenntnisses (sofern die Sache sonst spruchreif erschien) und die Festsetzung einer neuen Tagfahrt zur etwaigen Nachholung des Versäumten vorgezeichnet, wogegen auf den §. 32, welcher die Verfällung der säumigen Parthei in eine Buße verordnet, allerdings nicht verwiesen wurde. In den Motiven zu §. 37, 38 ist aber näher auseinandergesetzt, daß und warum der beigeladene Dritte als selbst in der Sache betheiligt, wie eine Parthei behandelt werden müßte, mithin an seinen Ungehorsam dieselben Rechtsnachtheile zu knüpfen seien, die den Ungehorsam einer Parthei zur Folge haben.

Die Gesetzgebung vom 1850 und 1851 hat es nun unterlassen, eine besondere Bestimmung über die Einrichtung des Ungehorsamsverfahrens gegen den Beigeladenen zu treffen, der Richter ist daher an die allgemeine Regel des §. 608, 609 hingewiesen, wobei dann selbst die im früheren Entwurf zu findende Beschränkung hinsichtlich der Verschleppungsbuße hinwegfällt, man müßte sie denn aus allgemeinen Gründen künstlich in das Gesetz hineintragen wollen. Dieses Letztere wird aber um so weniger zulässig erscheinen, als der im Gesetz angenommene Grundsatz in folgerichtiger Auffassung auch die Bestrafung der Verschleppung, wenn der beigeladene Dritte durch seine Säumniß eine solche herbeiführt, wohl ganz in gleichem Grade rechtfertigt, wie die Anwendung der übrigen Nachtheile.

3) Die Bestimmung des §. 607 ist nach dem jetzigen Recht offenbar eine Ausnahmsbestimmung, welche eine Ausdehnung auf andere darin nicht berücksichtigte Fälle um so weniger verträgt, als die ursprünglich vorgeschlagene Bestimmung Gegenstand besonderer Erwägung bei den landständischen Berathungen war, und darauf dann einige weitere Ausnahmsfälle hinzugefügt wurden. Hätte unsere Gesetzgebung auch für den angeregten Fall eine Ausnahme von der allgemeinen Regel beabsichtigt, so wäre sicher Anlaß und Grund genug vorhanden gewesen, die weitere Ausnahme in das Gesetz einzuschalten.

4) Aus ähnlichen Gründen wird auch die Bestimmung des §. 982 und 983 keine Anwendung finden können. Diese Bestimmung erscheint zudem als eine singuläre, bei näherer Betrachtung auf ein von unserem Fall merklich verschiedenes Verhältniß berechnete, Vorschrift. Die darnach gegen den dritten Schuldner erlassene Verfügung hat jetzt der Hauptsache nach mehr die Natur eines gewöhnlichen bedingten Zahlungsbefehls, wobei es ganz zweckmäßig und in der Ordnung ist, wenn der zur Erklärung aufgeforderte Schuldner, sofern er keine Einwendungen zu machen in der Lage ist, sich die weitere Mühe einer ausdrücklichen schriftlichen oder mündlichen Erklärung spart, während auf der anderen Seite bei der Beiladung des Dritten, welcher ja als Parthei in der Hauptsache behandelt wird, das persönliche Erscheinen in vielen Fällen, wenn nicht gerade durchaus nothwendig, doch für den Fortgang des Processes und die befriedigende Erledigung der Sache sehr wünschenswerth, und so wichtig als das Erscheinen der Partheien selbst erscheint.

5) Man könnte vielleicht noch zu der weiteren Ansicht kommen, daß im angeregten Falle ein Versäumungserkenntniß gar nicht nöthig sei und die im Gesetz bestimmte Folge aber von selbst eintrete. Damit käme man allerdings über manche Schwierigkeit in einfacher Weise hinaus. Allein diese Ansicht entbehrt jeder gesetzlichen Grundlage. Sie erscheint nach der anerkannten, bei der Proceßverbesserung nicht aufgehobenen, Grundregel des badischen Processes über Eintritt und Ausspruch der Folgen der Versäumnisse (§. 604—606) geradezu unmöglich, da es sich hier nicht um eine ihrer Natur nach schon von selbst eintretende Folge, um eine der Parthei blos freigestellte Theilnahme an einem gerichtlichen Vorgang handelt, wie bei den s. g. monitorischen Auflagen und namentlich bei einer einfachen Streitverkündung (§. 107), vielmehr eine eigentliche Versäumniß in Frage steht.

Hienach wird man sich wohl für Anwendung des regelmäßigen Ungehorsamsverfahrens zu entscheiden haben. Der Gegenstand verdient indessen weitere Prüfung, gestützt auf die Ergebnisse einer längeren Erfahrung im Gebiete der neuen Gesetzgebung. So viel scheint aber nach dem jetzigen Stand der Sache wohl augenfällig klar, daß der Richter bei Zulassung der Beiladung jetzt besonders vorsichtig zu Werke zu gehen hat, und solche namentlich überall da versagen muß, wo sie zum Abbruch der gesetzlichen Vorschriften über den Zeu-

genbeweis gereichen würde oder wo die in Frage stehende Art der rechtlichen Betheiligung des Dritten nicht thatsächlich vollkommen dargelegt ist.

Eduard Brauer.

III.

Ueber das Wesen der Verliegenschaftung (L.R.S. 1500—1504) und deren Folgen, sowie über die Auslegung der L.R.S. 1433, 1433a.

Es ist eine bekannte Streitfrage, ob das Geding des Ausschlusses der fahrenden Habe aus der Gütergemeinschaft (L.R.S. 1500—1504a.) bewirke, daß die fahrende Habe den eigenen Liegenschaften gleichgestellt werde, oder nur, daß bei Auflösung der Gütergemeinschaft jeder Ehetheil ein Rückforderungsrecht im Betrage des Werths seiner ausgeschlossenen Fahrnisse habe?

Für beide Ansichten liegen Aussprüche von Gerichten und bewährten Rechtslehrern vor, wie in Sirey, les codes annotés, ed. Gilbert nt. 12—15 zu Art. 1500—1504 C. c. zu ersehen ist.

Die Wichtigkeit dieser Meinungsverschiedenheit ergibt sich daraus, daß sie eine abweichende Beantwortung einer Menge von Fragen bedingt, namentlich ob der Mann die Fahrnisse der Ehefrau ohne deren Zustimmung veräußern darf, und ob folgeweise die Gläubiger des Mannes oder der Gemeinschaft dieselben angreifen dürfen, ferner ob bei Auflösung der Gemeinschaft die Zurückgabe im Stück oder dem Werthe nach geschieht, und ob im Falle von deren Veräußerung die Ersatzforderung der Frau, sowie ihr Unterpfandsrecht hierfür, ebenso zu beurtheilen sind, wie bei Veräußerung von Liegenschaften?

Da nun in unserem Vaterlande das Geding des Ausschlusses der fahrenden Habe aus der Gütergemeinschaft sehr häufig in den Eheverträgen vorkommt, vielleicht das üblichste ist, so wird es gerechtfertiget erscheinen, wenn in dem Folgenden der Versuch gemacht wird, einen Beitrag zur Lösung jener Fragen zu liefern.

Vor Allem ist zu beantworten, daß ein Fall unseres Gedings den Regeln desselben entzogen und daher hier nicht in Betracht kommt; es ist dieß der Fall des Ausschlusses aller Fahrniß, welcher gemäß L.R.S. 1504a. den Gesetzen der Errungenschaftsgemeinschaft unterliegt.

Die Ansicht derjenigen, welche gegen die wahre Verliegenschaftung sind, stützt sich, wie neuerlich wieder Troplong in seinem Werke du contrat de mariage Band II. No. 1936, 1937, 1957 der Brüss. Ausg. ausgeführt hat, im Wesentlichen auf die übereinstimmenden Aussprüche der großen Erklärer des „droit coutumier" — Lebrun und Pothier, ferner auf den Wortlaut des L.R.S. 1503 und darauf, daß dieser Satz wörtlich aus Pothier entnommen ist. So erheblich nun auch die genannten Autoritäten sind, so haben deren Meinungen doch nicht Gesetzeskraft; nicht die Meinung, sondern die Begründung ist die Hauptsache. Die unverkennbare Seichtigkeit der von Pothier versuchten Begründung seiner Meinung ist durch Toullier (Brüss. Ausg. Bd. VII., S. 341 ff.) längst dargethan.

Aus demselben Grunde aber, aus welchem Brauers Erläuterungen bezüglich der hauptsächlich durch seine Mitwirkung zu Stande gekommenen Zusätze zum Landrecht nur den Werth einer wissenschaftlichen Arbeit haben,

Stabel, Vorträge über das Fr. und D. Civilrecht titre prél. §. 26.

so daß die Festsetzung des Gesetzes allein maßgebend ist, eben deßhalb kann darauf, daß Art. 1503 aus Pothier entlehnt ist, kein entscheidendes Gewicht gelegt werden.

Der Wortlaut des S. 1503 im Urterte („chaque époux a le droit de reprendre et de prélever, lors de la dissolution de la communauté, la valeur de ce dont le mobilier, ou qu'il lui est échu depuis, excédait sa mise en communauté") scheint allerdings für diese Ansicht zu sprechen, allein dessen richtige Auslegung, wie sie durch die Erörterung in oberhofgerichtlichen Jahrbüchern, n. F., Jahrgang VI., S. 169 ff. *) nachgewiesen ist, zeigt, daß dem nicht so ist. Zu den dort hervorgehobenen Gründen kommt auch noch der hinzu, daß der Urtert auch das Wort

---

*) Die dort enthaltene Mittheilung der sehr erheblichen Stelle aus der Rede des Tribuns Duveyrier (rapport fait au Tribunat au nom de la section de legislation) ist unverständlich, indem die Worte „de prélever" vor „l'extedant" fehlen.

Dieselbe lautet also:

Ainsi l'on peut exclure de la communauté en totalité, ou seulement partie de son mobilier présent ou futur. Et alors chaque époux doit à la communauté l'objet ou la somme, qu'il n'a point exclus de la communauté, ou qu'il a promis d'y apporter. Il est tenu de justifier de cet apport. Et il a par conséquent le droit de prélever l'excédant avant tout partage, si l'apport excède la convention. (Recueil complett des discours etc. etc. Paris 1838. tome 1. No. 555.)

D. D.

„reprendre“ gebraucht, und damit selbst auf das Zurücknehmen im Stück hindeutet.

Zachariä, franz. Civilrecht, Bd. III. S. 264, vor und in Art. 7.

Die Wandelbarkeit des Fahrnißvermögens und die Natur des Gedings selbst (wenn nicht etwa die Verliegenschaftung auf einzelne bestimmte Fahrnißstücke beschränkt ist) und insbesondere dessen am häufigsten vorkommende Art, die s. g. clause d'apport (L.R.S. 1500, Abs 2) machen bei der Auseinandersetzung des Vermögens der Ehegatten fast immer eine Berechnung nöthig, wobei der Werth entscheidet, so daß schon hieraus erklärlich wird, weßhalb Art. 1503 vorzugsweise des Werths gedenkt.

Sollten nun auch nach französischem Rechte noch Zweifel übrig bleiben, so ist die Sache jedenfalls nach unserm Landrechte klar, wie unten gezeigt werden soll. Was zuvörderst die allgemeinen Gründe für die entgegengesetzte Ansicht, nämlich die wirkliche Verliegenschaftung betrifft, so ist Folgendes zu bemerken: Gemäß L.R.S. 1500 kann unser Geding entweder ausdrücklich durch den Ausschluß des Ganzen oder eines Theils der Fahrniß (clause de réalisation) oder stillschweigend durch Einwerfung einer bestimmten Summe oder Werths in die Gütergemeinschaft (clause d'apport) festgesetzt werden.

Schließt man aber Etwas von der Gemeinschaft aus, so sagt man mit andern Worten, daß es in die Klasse derjenigen Gegenstände kommen solle, welche das Gesetz davon ausschließt, also (L.R.S. 1401, 1404) in die Klasse der Liegenschaften. Mit dieser Fassung des Gedings ist es gleichbedeutend, wenn die Fahrniß als „der Liegenschaft gleichgestellt“ erklärt wird; wollte man auch hier der oben erörterten Ansicht huldigen, so würde man gegen den ausdrücklichen Willen der Parthien verstoßen, obwohl derselbe durch L.R.S. 1497, 1387, 1527 gebilligt ist. Demnach müßte man jedenfalls für diese Art unseres Gedings, die s. g. clause de realisation eine wahre Verliegenschaftung annehmen. Dies fühlend, hat auch Zachariä a. a. O., S. 264, Abs. 1, sich hiefür ausgesprochen.

Es leuchtet aber schon von selbst ein, daß für die Arten eines Gedings, welche sich durch nichts unterscheiden, als durch dessen stillschweigende oder ausdrückliche Einführung, dieselben Bestimmungen gelten müssen. Erwägt man noch, daß die Sätze 1500 — 1504 nirgends einen Unterschied zwischen diesen 2 Arten machen, so kommt man zu dem Ergebniß, daß auch die stillschweigende Festsetzung des Gedings eine wahre Verliegenschaftung bewirkt. Man muß es daher eine Inconsequenz nennen, wenn Zachariä a. a. O S. 267 vor und in Art. 17 dies widerspricht, welche auch durch den von ihm angegebenen Grund, das Wort „la valeur“ in Art. 1503 C. c. nicht gerechtfertigt werden kann, wie oben gezeigt wurde.

Oberhofger. Jahrbücher a. a. O., S 168, 169.

Den Eintritt der wahren Verliegenschaftung hat auch der franz. Cassationshof durch Erkenntniß v. 2. Juli 1840 (Troplong a. a. O. pag. 119, vor Art. 1) und Sirey a. a O., Art 15) angenommen, jedoch dabei eine nicht zu billigende Unterscheidung ausgesprochen, daß nämlich in Anwendung des Grundsatzes „æstimatio facit venditionem“ gemäß L.R.S. 1551 die Beifügung des Werths in dem Verzeichnisse der ausgeschlossenen Fahrnisse dieselben zum Eigenthume der Gemeinschaft mache. Letzteres, was schon früher von Duranton und dem Brüsseler Gerichtshof (Troplong, pag. 118, Art. 7) behauptet worden war, wird in der erwähnten Ausführung in den oberhofgerichtlichen Jahrb., S. 163 mit Recht bekämpft, jedoch aus einem Grunde, welcher nicht stichhaltig zu sein scheint. Es wird nämlich dort angeführt, daß der in Art. 1551 verlangte ausdrückliche Eigenthumsvorbehalt immer schon stillschweigend in unserem Gedinge enthalten, und damit jene Wirkung der Schätzung ausgeschlossen sei. Dem steht aber entgegen, daß in der bewidmeten Ehe die Ehesteuer auch schon ihrer Natur nach Eigenthum der Frau ist. (L.R.S. 1564, Zachariä, §. 536), mithin die Wahl dieses Systems ebenfalls jenen stillschweigenden Eigenthumsvorbehalt enthält, und demungeachtet L.R.S. 1551 besteht. Man muß vielmehr sagen, daß L.R.S. 1551 deßhalb nicht anwendbar ist, weil er aus dem wesentlich verschiedenen römischen Eherechte (Mühlenbruch, Pandekten, Bd. III, §. 526) entlehnt ist, und eine Vorschrift für das auf ganz anderen Grundsätzen beruhende Dotalrecht ausspricht, welche zudem ganz singulär ist, wie z. B. die Schätzung des vermietheten Gegenstands nie den Miether zum Eigenthümer machen kann.

Auch Zachariä (§. 522, Art. 11) spricht bei Gelegenheit der Errungenschaftsgemeinschaft der Schätzung diese Wirkung ab.

Dagegen wird man eine andere Ausnahme, welche auch das erwähnte Urtheil des franz. Cassationshofs und die Ausführung in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern billigen, zulassen müssen, daß nämlich die vertretbaren Gegenstände der ausgeschlossenen Fahrniß Eigenthum der Gemeinschaft und von dieser dereinst nur dem Werthe

nach zurückerstattet werden. Denn die Gemeinschaft hat das Recht, die sämmtliche verliegenschaftete Fahrniß zu gebrauchen (L R.S. 1401, Z. 2, 1428), und dies schließt bei den vertretbaren Dingen auch das Verbrauchsrecht in sich, da sonst ein Gebrauch derselben nicht denkbar ist.

Das Verbrauchsrecht aber ist das äußerste Recht des Eigenthums, und deßhalb diesem gleich. Auch dem Nutznießer steht das Eigenthumsrecht nicht zu, und dennoch ist für den quasi-ususfructus durch L.R.S. 587 naturgemäß bestimmt, daß die Obliegenheit des Nutznießers nur darin bestehe, die erhaltenen Sachen in gleicher Menge, Güte und Werth zu erstatten, oder den Anschlag dafür zu ersetzen, womit demselben das volle Verfügungsrecht des Eigenthümers eingeräumt ist. Auf demselben Grundsatze beruhen L R S. 1532, 1533, so daß dieselben insoweit hier zur rechtsähnlichen Anwendung kommen können.

Zachariä a. a. O., S. 265, 305, Ziff. 1, und Bd. II, S. 8 vor nt. 4.

Das aus allgemeinen Gründen gewonnene Ergebniß, daß die ausgeschlossene Fahrniß mit alleiniger Ausnahme der vertretbaren Sachen den eigenthümlichen Liegenschaften gleichstehe, findet für Baden noch eine besondere Bestätigung in den Bestimmungen des Landrechts. Dasselbe übersetzt nämlich in S. 1503 diesen Artikel des C. c. so, daß er besagt, jeder Ehetheil solle sein Fahrniß-Einbringen und Beibringen soweit zurücknehmen, als es an Werth den von ihm zugesagten Zuschuß in die Gemeinschaft übersteige. Dies geht deutlich hervor aus der ganzen Fassung des Satzes, und insbesondere aus dem Gebrauche des Wortes „Zurücknehmen", sowie daraus, daß, wie zufolge des Obigen der franz. Urtext zu sagen beabsichtigte, daß der Werth der ein- und beigebrachten Fahrniß nur soweit in Betracht kommt, als es nöthig ist, um durch Vergleichung der Summen zu finden, um wie viel das der Gemeinschaft zugesagte Einbringen größer oder kleiner ist, als das gesammte Ein- und Zubringen an Fahrniß, und wie viel daher der betr. Ehetheil auf Letztere noch zu schießen, oder davon zurücklassen muß, beziehungsweise zurücknehmen darf.

So sagt auch Brauer in seinen Erläuterungen, Bd. III, S. 390, 391 zu unserem Satze, „daß derselbe gebiete, daß da, wo ein festbestimmtes Vermögen ist, Alles was mehr gleich Anfangs beigebracht, oder nachher angefallen ist, bei der Theilung aus der Gemeinschaft voraus weggezogen werde."

Somit beseitigt das badische Gesetz nicht nur jene Zweideutigkeit des französischen, worauf sich hauptsächlich die Gegner stützen, sondern sagt auch bestimmt, daß der Regel nach die Zurücknahme im Stück erfolgt, was unverkennbar für die wahre Verliegenschaftung spricht, weil dadurch bezüglich eines Cardinal-Punktes die Gleichstellung der ausgeschlossenen Fahrniß mit den Liegenschaften verfügt ist. Noch in einer anderen Beziehung aber hat unser Landrecht diese Gleichstellung ausdrücklich verfügt.

Der Zusatz 1433 a. bestimmt nämlich, daß die Vorschrift des L R.S. 1433 über den Ersatz für veräußerte Liegenschaften eines Ehetheils Anwendung finde, „überhaupt für jede Sache, welche als Liegenschaft in die Ehe gebracht und aus irgend einem Grund in Geld oder Geldeswerth umgewandelt worden ist." Daß nun unter den Sachen, die als Liegenschaft in die Ehe gebracht worden sind, etwas Anderes gemeint ist, als die vom Gesetze (L.R.S. 516 ff.) für Liegenschaft erklärte Habe, ist klar, da über Letztere L.R.S. 1433 maaßgibt, und somit unser Zusatz eine unbegreifliche Wiederholung enthalten würde, welche man dem Gesetzgeber ohnehin nicht (L.R.S. 1158) und hier um so weniger zutrauen darf, als er zu erkennen gibt, er wolle zu dem L.R.S. 1433 noch etwas weiteres verfügen. Man muß daher fragen, welche Sachen außer der vom Gesetze dafür erklärten liegenden Habe noch als Liegenschaft in die Ehe gebracht werden, und auf die so gefundenen Sachen unsern Zusatz anwenden. Stellt man jene Frage, und erwägt man, daß neben dem Willen des Gesetzgebers im ehelichen Güterrecht auch der Wille der Betheiligten eine Sache für liegende Habe erklären kann, so liegt die Antwort nahe, daß außer der gesetzlich liegenden Habe auch noch die durch den Willen der Betheiligten dafür erklärte Fahrniß als Liegenschaft in die Ehe gebracht wird.

Demnach spricht Satz 1433 a. von der verliegenschafteten Fahrniß und stellt diese, wie es auch ganz folgerichtig ist, bezüglich der Ersatzleistung im Falle der Verwerthung den wahren Liegenschaften gleich.

(Schluß folgt.)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.



der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. No. 44. Mannheim, 1. November 1851.

I.

Ueber das Wesen der Verliegenschaftung (L.R.S. 1500—1504) und deren Folgen, sowie über die Auslegung der L.R.S. 1433, 1433 a.

(Schluß.)

Zum Belege dient, daß Brauer Bd. III, S. 355 zu Zusatz 1433 a. sagt, derselbe bezwecke die Ausdehnung des Satzes 1433 auf die verliegenschaftete Fahrniß.

Zieht man noch in Betracht, daß Brauer, Bd. III, S. 386 oben, sich deutlich dafür ausspricht, so dürfte nachgewiesen sein, daß durch das Geding des Ausschlusses der fahrenden Habe aus der Gütergemeinschaft, abgesehen vom Falle des L.R.S. 1504 a. die ausgeschlossene Fahrniß, soweit sie nicht in vertretbaren Sachen besteht, in rechtlicher Hinsicht den eigenthümlichen Liegenschaften überall gleichgestellt wird, wo nicht eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung entgegensteht.

Hiernach sind nun die im Eingange berührten Fragen gerade so zu beantworten, als ob es sich um eigene Liegenschaften der Eheleute handle. Demgemäß darf in Anwendung der L R S. 1428, Abs. 3, und 1528, der Mann nicht ohne Bewilligung der Frau die nicht vertretbare verliegenschaftete Fahrniß veräußern, und eben so wenig findet auf dieselbe ein Zugriff statt von Seiten der Gläubiger des Manns oder der Gemeinschaft, da dieselben nicht mehr Recht haben, als ihre Schuldner. Zufolge L.R.S. 2279, hat die Ehefrau freilich kein Vindicationsrecht zum Schutze ihres Eigenthumsrechts an der verliegenschafteten Fahrniß, wenn sie ohne ihre Zustimmung vom Ehemanne veräußert worden ist, und eben so wenig kann sie gegen den Käufer — geschweige denn gegen den dritten Besitzer — die Nichtigkeitsklage aus L.R.S. 1599 anstellen, da sie mit diesem nicht in Vertragsverhältnissen steht; wohl aber kann sie sich der Veräußerung widersetzen, und so lange die Sache noch nicht im Besitze des Dritten ist, den Beistand der Gerichte anrufen, um die Herausgabe der Sache mit Erfolg zu verweigern, und sich gegen Zwang oder Selbsthülfe, oder überhaupt jeden Eigenthumseingriff zu schützen. Ferner steht der Ehefrau das Recht zu, um Einhalt zu bitten und Einsprache zu erheben, wenn ihre fraglichen Fahrnisse bei der Vollstreckung gegen den Ehemann oder die Gemeinschaft angegriffen werden.

B. Pr. O., §. 1039, Z. 1, §. 925, Z. 4.

Daß die Ehefrau dabei, wie bei allen anderen gerichtlichen Schritten, die Vorschrift des L.R.S. 215, 218 zu beobachten hat, versteht sich von selbst.

Zufolge L.R.S. 1599 ist es gewiß richtig, daß die ohne Einwilligung der Ehefrau vom Manne bewirkte Cession einer Forderung, welche zu dem verliegenschafteten Fahrnißvermögen der Ehefrau gehört, nichtig ist, wie das mehrerwähnte Cassationsurtheil ausspricht; *) allein eben so verhält es sich mit der anderen Fahrniß, und die Ehefrau befindet sich daher hier in der gleichen Lage, wie bei dieser, und es folgt daher aus dieser Nichtigkeit eben so wenig, wie dort, die Zulässigkeit der Vindication oder Nichtigkeitsklage für die Ehefrau. Mit Recht nimmt jedoch der Cassationshof an, daß sich die Sache anders verhalte, weil und in wie weit die Rechtsurkunde den Namen des Eigenthümers enthält, denn ungeachtet der Allgemeinheit des L R S. 2279, kann man denselben dennoch nicht anwenden auf Forderungen, welche auf den Namen des Gläubigers lauten. Solche Forderungen sind

*) Der L.R.S. 1428, Abs. 2, mit dessen Widerlegung sich das genannte Urtheil auch beschäftigt, kann gar nicht in Betracht kommen, da ja die verliegenschaftete Fahrniß der Liegenschaft gleichsteht, und er somit als über fahrende Habe sprechend in dieser Beziehung hier nicht Platz greift.

D. C.

nämlich ihrer Natur nach so innig an den Gläubiger gebunden, daß sie nicht ohne dessen Zuthun auf einen Dritten übergehen können, und somit auch die blose Innhabung nichts entscheidet.

Zachariä a. a. O., Bd I, S. 484, vor und in nt. 4.

Hiemit stehen in Einklang die L.R.S. 1690 und 1691, L.R.S 1689 aber ist nicht entgegen, da er eine rechtsgültige Cession voraussetzt und eigentlich nichts gebietet, als daß der Rechtsgeber dem Rechtsnehmer die Rechtsurkunde auszuliefern hat.

Stabel a. a O., S. 114 oben.

Eben dieser, dem Gläubiger gewährte besondere Schutz ist auch die Ursache, weßhalb bei Schuldurkunden, welche auf den Namen des Gläubigers lauten, P.O., §. 743, 744, das Amortisationsverfahren ausschließt.

v. Weilers Motive, S. 65, zu §§. 780, 781.

Daß bei Auflösung der Gütergemeinschaft die verliegenschaftete Fahrniß im Stück zurückgegeben wird, mit Ausnahme der vertretbaren Sachen, welche dem Werthe nach zurückerstattet werden, ist schon im Laufe der vorhergehenden Erörterung gezeigt worden.

In der Consequenz der Ansicht, daß vertretbare Sachen dem Eigenthume nach in die Gemeinschaft fallen, muß man auch die Frage verneinen, ob der Ehefrau das Recht zusteht, solche etwa noch vorhandene Gegenstände im Stück zurückzufordern, und somit auch ihretwegen in der Gant des Mannes als Absonderungsgläubigerin aufzutreten.

Bezüglich der Ersatzforderung für die während der Ehe in Geld oder Geldeswerth verwandelte verliegenschaftete Fahrniß wurde schon oben gesagt, daß sie denselben Bestimmungen unterliegt, wie die Ersatzforderung für eine veräußerte eigenthümliche Liegenschaft.

Zu einer solchen Forderung bedarf es gemäß L.R S. 1433 u. 1315 von Seiten des Fordernden des Nachweises, daß die Gemeinschaft den Preis bezogen hat.

Landhard, Rechtsfälle, Bd. V, S. 429.

Zachariä, Bd. III, S. 208, Art. 11. *)

Stempf, Gantverfahren, II. Aufl., S. 233 oben meint, wenn der Mann eine Liegenschaft der Frau veräußert habe, so spreche kraft L.R.S. 1421, 1428 die Vermuthung dafür, daß er den Kaufpreis eingezogen habe, deßhalb aber habe er zu beweisen, daß die Frau den Kaufpreis bezogen habe, oder daß er für sie verwendet worden sei. Dem steht aber entgegen, daß L.R.S. 1433 zwischen den Fällen der Veräußerung durch den Mann oder die Frau keinen Unterschied macht. Hingegen scheint hier eine erhebliche Abweichung unseres Landrechts von dem französischen Texte vorzuliegen. Letzterer verlangt nämlich „que le prix en ait été **versé** dans la communauté" d. h., daß der Preis für die Gemeinschaft verwendet worden ist, das Landrecht verlangt aber nur, daß die Gemeinschaft den Preis **bezogen** hat. Da Beziehen eines Preises nur so viel bedeutet, als denselben einziehen, erheben, einnehmen, so genügt nach badischem Rechte der Nachweis, daß der Preis an die Gemeinschaft bezahlt worden ist, während nach französischem Rechte der Beweis der Verwendung in die Gemeinschaft erforderlich ist. Diese Abweichung entspricht besser, als der Urtext, dem Grundsatze des L.R.S. 1993, und ist daher, da sie auch an und für sich deutlich, aufrecht zu erhalten.

Stabel, § 27, S. 95.

Ob die Gemeinschaft den Preis eingenommen hat, ist lediglich eine Thatfrage, welche öfters und allemal da mit der über die Verwendung in die Gemeinschaft zusammen fällt, wo der Mann den Preis seiner eigenen Liegenschaft erhoben hat, denn derselbe muß bei dieser Verfügung über sein Vermögen zufolge L.R.S. 1122 als in eignem Namen handelnd angesehen werden; in diesem Falle gehört also zur Ersatzforderung auch der Nachweis der Verwendung zu Gunsten der Gemeinschaft.

Hat dagegen der Mann den Preis einer Liegenschaft der Ehefrau eingezogen, so hat die Frau lediglich diesen Umstand darzuthun, denn es spricht arg. L.R.S. 1409, Z. 2, 1421, 1419 die Vermuthung dafür, daß der Mann als Herr der Gemeinschaft über das Vermögen der Frau verfügt hat. Dem steht L.R S. 1436, wenn er das eigene Vermögen des Manns zur Befriedigung der Frau beizieht, nicht entgegen, da diese Vorschrift sich aus der allgemeinen Haftbarkeit des Manns für das Frauengut (L.R.S. 1428, Z. 3) erklärt.

Bezüglich des der Ehefrau zustehenden Unterpfandsrechts ist vorauszuschicken, daß dasselbe alle eigenen Liegenschaften des Ehemanns und alle ehegemeinschaftlichen Liegenschaften ergreift, und für alle Forderungen gegeben ist, welche der Ehefrau als solcher gegen ihren Mann zustehen.

L.R.S. 2121, Abs. 1, mit 2135, Z 2, und 2122, Vgl. Stempf, Gantverfahren, II. Aufl., §. 38, 40.

---

*) In nt. 1 zu C. c., Art. 1433 in Sirey, les codes ann., ist diese Stelle falsch aufgefaßt, da das, beide Geschlechter umfassende Wort „der Ehegatte" nur auf den Mann bezogen wird; vielleicht tragt ein Fehler der franz. Uebersetzung des Zachariä'schen Werks die Schuld.

Hieraus ergibt sich Zulässigkeit und Gegenstand des Pfandrechts der Ehefrau auch für unsern Fall.

Dessen Anfangszeit ist durch L.R.S. 2135, Abs. 2, 2194, 2195, abgesehen von den bestimmt bezeichneten Ausnahmsfällen auf den Tag des Eheabschlusses festgesetzt. *)

Von diesen Ausnahmen ist jene des L.R.S. 2135, Z. 2, Abs 3, am Ende bezüglich der Frage näher zu prüfen, ob sie auch auf die durch unser Geding von der Gemeinschaft ausgeschlossene Fahrniß der Frau Anwendung findet? Zuvörderst ist klar, daß dies hinsichtlich der vertretbaren Sachen nicht der Fall ist, weil die Frau daran nicht das Eigenthum besitzt, sondern nur den Anspruch auf Erstattung von deren Werth hat, diesen aber auch ohne Unterschied, ob die Sachen veräußert, oder noch vorhanden sind. Für alle andere ausgeschlossene Fahrniß aber muß man, die obige Fragen bejahend, behaupten, daß im Falle der Veräußerung das Unterpfandsrecht der Frau für deren Wiedererstattung vom Tage des Verkaufs beginnt. Dafür ist die Fassung des Gesetzes, welches allgemein vom Eigenthum der Frau spricht, wozu auch diese Art Fahrniß gehört. Ferner ergibt es sich aus der folgerichtigen Anwendung der oben erörterten Ansicht über die Gleichstellung dieser fahrenden Habe mit den eigenen Liegenschaften.

In dem Aufsatze S. 252 der diesjährigen Annalen wird unterschieden, ob die Frau zur Veräußerung eingewilligt hat, oder nicht, und für den ersten Fall der Anfang ihres Unterpfandsrechts auf den Tag der Veräußerung, für den letzten Fall aber auf jenen des Eheabschlusses festgesetzt. Dem steht jedoch außer den obigen Gründen entgegen, daß die Unterscheidung selbst vom Gesetze nicht gebilligt und höchst bedenklich ist, weil die Einwilligung der Frau nur zu häufig eine Folge von deren abhängigen Lage ist.

Uebereinstimmend mit den hier entwickelten Ansichten über das Wesen der Verliegenschaftung und die Auslegung der L.R.S. 1433, 1433 a., hat das großh. Hofgericht des Seekreises, I. Sen., entschieden durch Urtheil vom 5. Juli l. J., J. S. mehrer Gläubiger, jetzt der Ehefrau des Gantmanns gegen Jos. Auslinger von Constanz, Ford. und Vorzug betr, und dabei zugleich ausgesprochen, daß der Einzug einer Forderung der Ehefrau unter L.R.S. 1433 a. falle.

Dr. Puchelt. *)

*) Daraus, daß die angeführten Gesetzesstellen ganz gleichmäßig jenes Anfangsziel bestimmen, und daß zum Ueberfluß auch Brauer, Bd. V, S. 634, die Abweichung vom Urtexte der §§. 2194, 2195 als absichtlich zum Zwecke der Beseitigung des früheren Widerspruchs mit 2135, Z. 2, geschehen beurkundet, widerlegt sich die Ansicht von Stempf a. a. O., §. 39, Abs. a., welcher für den Fall, wenn ein Ehevertrag vorhanden, dessen Tag als Anfang des Pfandrechts bezeichnet. D. E.

*) Hofgerichtsassessor in Constanz.

II.

Recursverfahren in Preßsachen.

1.

Der §. 61 des neuen Preßgesetzes, nach welchem auf Einkunft der Acten ein Gerichtstag zur mündlichen Verhandlung bestimmt werden soll, droht für den Fall des Ausbleibens der Partheien keinen Rechtsnachtheil, und der §. 63 erklärt nur die §§. 50—55 auf das Recursverfahren anwendbar. Gleichwohl hat das großh. Oberhofgericht (II. Sen) in der Anklagesache „Killy gegen Castorph", wegen Ehrenkränkung durch die Presse, beide Theile unter Androhung des Ausschlusses mit ihrer Rechtsausführung vorgeladen, weil dieses Präjudiz nach §. 46 bei der Vorladung zur hofgerichtlichen Schlußverhandlung anzudrohen, und weil ohne Androhung eines Rechtsnachtheils das Erscheinen zur Tagfahrt in das Belieben der Partheien gestellt ist.

2.

Die Verhandlung selbst ward durch den Präsidenten mit der einleitenden Bemerkung eröffnet, daß Castorph wegen einer Druckschrift, betitelt: Offenes Sendschreiben 2c. 2c. von Killy der Ehrenkränkung durch die Presse angeklagt, und daß vom großh. Hofgericht ein verurtheilendes Erkenntniß gefällt worden sei, gegen welches der Angeklagte den Recurs an den höchsten Gerichtshof ergriffen habe, worüber nun mündlich verhandelt werden soll.

Hierauf erhielt zuerst der Anwalt des Angeklagten, und dann jener des Anklägers das Wort. Ein schriftlicher oder mündlicher Vortrag, wie solcher in den Erläuterungen zum §. 61 des Preßgesetzes für nöthig erachtet ist, (Annalen XVIII, 232) wurde nicht erstattet, weil das dermalige Preßgesetz davon Umgang nimmt.

D. R.

III.

Welches Rechtsmittel hat der Gläubiger, dessen Unterpfandsrecht auf Liegenschaften, die im Vollstreckungsweg veräußert worden sind, in der Verweisung des Erlöses übergangen worden ist?

In dem §. 998, 3, 4, und in §. 1003, Pr.O., ist vorgeschrieben:

1) Daß der Ortsvorgesetzte innerhalb 15 Tagen nach dem Empfange der Versteigerungsverfügung dem Vollstreckungsbeamten einen Auszug aus dem Grund- und dem Pfandbuche übersende, welcher die auf dem zu versteigernden Grundstücke haftenden Vorzugs- und Unterpfandsrechte nach dem Wortlaut, dann die Anzeige der ohne Eintragung wirksamen Vorzugs- und Unterpfandsrechte, (soweit sie dem Ortsvorgesetzten bekannt sind) enthalte.

2) Daß die Ankündigung des Versteigerungstags, wie sie in § 1002, Pr.O., vorgeschrieben ist, jedem im Pfandbuchs- und im Grundbuchsauszuge *) bemerkten eingetragenen oder mit uneingetragenen wirksamen Vorzugs- und Unterpfandsrechten versehenen Gläubiger bekannt gemacht werde.

In §. 1028 Pr.O ist vorbehalten, das Verfahren bei der Anweisung der Erlöse durch besondere Verordnung und Instruction zu bestimmen.

In §. 60 der hierauf am 29. März 1832 erlassenen Verordnung ist vorgeschrieben, hinsichtlich der Verweisungen sich nach den im Rg Blt. vom Jahr 1830, No. 16 enthaltenen Vorschriften zu achten. In diesem Rg.-Blt. ist der Justiz-Ministerial Erlaß vom 12. Oktober 1830 enthalten, welcher anordnet, daß die Verweisungen der Liegenschafts-Kaufschillinge bei Zwangsversteigerungen, die nicht Folge eines Ganterkenntnisses sind, durch die Gerichtschreiber unter Mitunterschrift des betreffenden Ortsvorstands nach Maaßgabe der beigefügten Instruction gefertigt, von den Amtsrevisoraten aber die Aufsicht darüber geführt werden solle.

Nach §. 2 dieser Instruction soll nun zwar die vom Ortsvorstand entworfene Schuldverweisung dem Gläubiger und Schuldner zur unterschriftlichen Anerkennung vorgelegt werden, und nach §. 3 solle für den Fall, daß ein oder der andere Theil den Verweisungsentwurf nicht anerkennen wolle, dessen Erinnerungen an Unterschriftsstatt beigesetzt, und hierüber die Entscheidung des Amts oder Amtsrevisorats eingeholt werden.

Außerdem kann nach §. 6 jede erforderliche weitere Belehrung schriftlich oder mündlich an den bestimmten Tagen, bei dem Amtsrevisorat eingeholt, und sollen die Acten, wenn eine Sache so verwickelt sein sollte, daß der Bürgermeister oder Gerichtschreiber die Verweisung nicht selbst entwerfen könnte, zu diesem Behufe an das Amtsrevisorat abgegeben werden.

Der durch den Inhalt des Verweisungsentwurfs benachtheiligte Gläubiger kann nun wohl Berichtigungen bei dem Vollstreckungsbeamten beantragen, so lange die Verweisung nicht ausgefertigt ist, und nöthigenfalls die Entscheidung des Amts oder Amtsrevisorats, je nachdem sein Antrag auf einer Rechts- oder einer Rechnungsfrage beruht, erwirken.

Hat aber der durch die Verweisung benachtheiligte Gläubiger diese Gelegenheit versäumt oder nicht benützen können, und ist die Verweisung an Steigerer, Gläubiger und Schuldner bereits hinaus gegeben, so bleibt jenem nur noch das Recht der Einsprache, §. 1039 ff., Pr O.

Das Recht zur Einsprache gegen die Befriedigung des betreibenden Gläubigers aus den Ergebnissen der Vollstreckung und zum Anspruch eigener Befriedignng daraus vor dem betreibenden Gläubiger kommt aber demjenigen Gläubiger, welcher ein Unterpfandsrecht an dem Gegenstand der Vollstreckung hat, nach §. 1040, Pr.O., nur so lange und nur in so weit zu, als der betreibende Gläubiger die Ergebnisse der Versteigerung, nämlich die „wirklrche" Zahlung nicht bereits erhalten hat.

Sobald also der Steigerer nach Inhalt der ihm zugekommenen Anweisung wirklich Zahlung geleistet hat, so findet auch eine Einsprache gegen seine, bereits zum Vollzug gekommene, Anweisung nicht mehr statt.

Die Frist zur Einsprache kann hiernach bezüglich der noch fälligen Ziler des Steigerungspreises Jahre lang dauern, wenn nach §. 1035, 1036, 1037, Pr.O., überhaupt Zahlungsziele bedungen sind. Ist aber Baarzahlung bedungen und geleistet, so ist auch die Frist zur Einsprache so kurz, daß diese leicht versäumt oder von Gläubigern, die nicht sogleich von dem Inhalt der Verweisung Kenntniß erhalten, nicht benützt werden kann.

Welches rechtliche Mittel bleibt nun nach dem Schluß des Vollstreckungsverfahrens einem solchen Gläubiger, um den ihm bereiteten Nachtheil abzuwenden?

Das einfachste Hilfsmittel wäre wohl die Erhebung

*) Sowie in der diesem Auszuge beigefügten Anzeige.

der ihm in L.R.S. 2166 ff. gegen den dritten Inhaber, hier also den Steigerer, der ihm verpfändeten Liegenschaft eingeräumten Pfandklage, wenn ihm solche nicht durch §. 1023, 1024, Pr.O., entzogen wäre, denen zufolge nach, auf Anweisung der zuständigen Behörde geschehener Zahlung des Steigerungspreises die Befreiung des versteigerten Guts von der Unterpfandslast eintritt

a) gegenuber den Gläubigern, deren Vorzugs- und Unterpfandrechte

α) erst nach dem im §. 997, Pr.O., vorgeschriebenen Eintrag der Versteigerungs-Verfügung eingetragen

β) gar nicht eingetragen worden, aber sonst uneingetragen wirksam sind —

ohne Weiteres —

b) gegenüber denjenigen Gläubigern aber, deren Vorzugs- oder Unterpfandsrechte schon vor der Versteigerungsverfügung (§ 997, Pr.O.) wirklich eingetragen worden war, unter der Voraussetzung, daß sie seiner Zeit vom Versteigerungstage benachrichtigt worden sind.

Selbst wenn aber auch diese Benachrichtigung einem der zuletzt erwähnten Gläubiger nicht geschehen ist, so bleibt ihm nach Abs. 2 des §. 1024, Pr.O., nicht die Pfandklage, sondern nur das Recht des Nachbietens nach Maßgabe der Bestimmungen der L.R.S. 2185—2189, und zwar nach §. 1025, Pr.O., nur innerhalb eines Jahrs, vom Tage des endlichen Zuschlags.

Außerdem bleibt dem benachtheiligten Gläubiger nur noch der Rückgriff auf diejenigen, welche durch ein Vergehen in ihrem Dienste seine Beschädigung herbeigeführt haben.

L.R.S. 2197, 1383.

§. 26, II. E. E.

— Das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises (III. Civ. Sen.) kam dadurch in den Fall, diese Fragen zu erörtern, daß ein Dritter gegen den Obligationsgläubiger, welcher, um zu seiner Befriedigung zu kommen, die Versteigerung seiner Unterpfänder durchgesetzt, und sie als Mitsteigerer zugeschlagen erhalten hatte, eine Klage erhob, worin er ausführte, dieser, welcher die auf sein Betreiben versteigerten Liegenschaften selbst ersteigert habe, sei in der von dem Vollstreckungsbeamten gefertigten Verweisung angewiesen worden, den Steigschilling an sich selbst, zu seiner Befriedigung, zu zahlen. Nun aber habe er, der Kläger, älteres richterliches Unterpfandsrecht auf die versteigerten Liegenschaften, der Steigschilling hätte also vorerst zu seiner Befriedigung verwiesen werden sollen und erst der, nach seiner — des Klägers Befriedigung erübrigende Rest komme dem betreibenden Gläubiger zu, er verlange also, daß der Steigerer verurtheilt werde, an ihn, den Kläger, den, seiner durch älteres richterliches Unterpfandsrecht gedeckten Forderung, entsprechenden Betrag des Steigschillings auszuzahlen.

Der Unterrichter wies jedoch den Kläger ab und dieses Erkenntniß wurde in zweiter Instanz aus folgenden Gründen bestätigt:

Der Kläger hat gegen den Steigerer der Liegenschaften ihres angeblich gemeinschaftlichen Schuldners Klage erhoben, worin er auf den Grund älteren (von dem Vollstreckungsbeamten nicht berücksichtigten) Unterpfandsrechts Berichtigung der Verweisung des Steigschillings dahin verlangt, daß dieser zu seiner Befriedigung in erster Reihe verwendet werde. Die Versteigerung ist nach dem Vortrag des Klägers zu Anfang des Jahrs 1850 abgehalten, die Klage aber erst in der Mitte des Monats November desselben Jahrs erhoben worden, allein darüber hat sich der Kläger nicht ausgesprochen, ob und wann ihm die Verweisung mitgetheilt worden sei.

Diese Klage — als Einsprache gegen die Verwendung des ganzen Erlöses zur Befriedigung des betreibenden Gläubigers (ohne Berücksichtigung der angeblich durch älteres Unterpfandsrecht gesicherten Forderung des Klägers) betrachtet — ist nach §. 1072, Ziff 1, Pr.O., (in der alten Abfassung) zu beurtheilen. Eine solche Einsprache findet aber nach §. 1073 ebendaselbst nur so lange statt, als der betreibende Gläubiger die Ergebnisse der Versteigerung, nämlich die wirkliche Zahlung nicht bereits erhalten hat.

In dem vorliegenden Falle ist nun der beklagte Steigerer der dem Kläger angeblich verpfändeten Liegenschaften zugleich der die Vollstreckung auf dieselben betreibende Gläubiger, und von dem Vollstreckungsbeamten angewiesen worden, an sich selbst zu zahlen.

Durch diese Anweisung ward die Forderung des betreibenden Gläubigers getilgt, mag man nun als Eigenthümer des Erlöses aus den versteigerten Liegenschaften den Schuldner ansehen, in welchem Falle die Wettschlagung eintreten

L.R.S. 1289,

oder den betreibenden Gläubiger, in welchem Falle die Rechtsvermischung platzgreifen würde; L.R.S. 1300.

Wollte man aber auch diese Verweisung einfach als eine Anweisung an Zahlungsstatt behandeln, so käme sie nach L.R.S. 2010 g. h. der unbedingten Zahlung hier gleich, indem der an sich selbst angewiesene Gläubiger von dem ihm eingeräumten Recht, zur Tilgung seiner Forderung den von ihm gebotenen Preis einzubehalten, d. h., also von der Erlaubniß wettzuschlagen Gebrauch gemacht, und dasselbe vertheidigt hat.

L.R.S. 1108 b.

Da nun sowohl die Wettschlagung, als die Rechtsvermischung und die Annahme einer Anweisung an Zahlungsstatt der Zahlung gleichsteht

L.R.S. 1234,

und da §. 1073. Pr.O., wenn er von „wirklicher Zahlung" spricht, nicht so verstanden werden kann, als solle nur die Uebergabe baaren Geldes allein die Eigenschaft der Zahlung haben, so findet die erhobene Einsprache nicht mehr statt, nachdem die Verweisung, auf welche sich die Wettschlagung stützt, zum Vollzug gekommen ist.

L.R.S. 1298 verordnet zwar, eine Wettschlagung dürfe nicht zum Abbruch der Rechte dritter Personen gereichen, allein hierauf kann sich der Kläger deßwegen nicht berufen, weil sein angebliches Vorrecht zur Zeit des Eintritts der Wettschlagung weder gerichtlich, noch von der Vollstreckungsbehörde anerkannt war, und da er dessen nachträgliche Anerkennung gegenüber dem betreibenden Gläubiger in der hierzu in

§. 59 der Verordnung vom 29. März 1832, Regierungsblatt No. 21

geordneten Weise hätte veranlassen müssen. Wenn bei der Vorbereitung der Versteigerung, §. 1031, 3. Pr.O., oder bei der Verweisung, der Vollstreckungsbeamte ein Unterpfandsrecht außer Acht gelassen hat, und der betreffende Gläubiger dadurch in Schaden kommt, den er nicht mehr nach Maßgabe des § 1061 Pr.O., und der Verordnung vom 29. März 1832, Regierungsblatt No. 21, §. 60, Justiz Ministerialerlaß vom 12. Oktober 1830 (Regierungsblatt No. 16) und §. 2, 3, der damit veröffentlichten Instruction zu beseitigen im Falle ist, so kann dies nach dem Vollzug der Verweisung — dem betreibenden Gläubiger, welcher die von der zuständigen Behörde ihm zugekommene Verweisung als gültigen Titel anzusehen befugt ist, und dessen Berechtigung als die nach L.R.S. 2279 wirksamere anerkannt wird,

s. Motive, S. 93—96,

keinen Nachtheil bringen, sondern nur Entschädigungsansprüche gegen denjenigen begründen, welcher durch sein Versehen den Schaden herbeigeführt hat.

Im vorliegenden Falle findet hiernach die Einsprache gegen die Verweisung beziehungsweise das Verlangen, sie zu Gunsten des Klägers abzuändern, selbst dann nicht mehr statt, wenn des Klägers Unterpfandsrecht nicht blos dem des Beklagten hintangesetzt, sondern bei der Vorbereitung der Versteigerung (§. 1031, 3, 1036, und bei der Verweisung, wie aus dem Klagvortrag hervorzuziehen scheint) ganz übersehen worden sein sollte. Denn wenn der Kläger bei dem Vollstreckungsverfahren gar nicht zugezogen worden, und dadurch in Schaden gekommen ist, so hätte er sich zufolge §. 1056, 1057 Pr.O., nur des Rechts des Nachbietens in der durch §. 1058, Pr. O. gestatteten Frist bedienen können, da nach Erlöschung seines Pfandrechts (§. 1056, Pr.O.) weder die dingliche Pfandklage gegen den neuen Erwerber, der als freies Eigenthum auf diesen übergehenden Liegenschaften ihm zukommt, noch einem in der Verweisung übergangenen, oder mit Unrecht hintangesetzten ältern Unterpfandsgläubiger ein persönliches Forderungsrecht gegen den Empfänger des Erlöses dadurch erwächst, daß diesem der Betrag, welcher jenem gebührt hätte, zur Befriedigung zugeschieden worden ist, da persönliche Verbindlichkeiten nur durch Vertrag oder durch Vergehen oder Versehen begründet werden.

L.R.S. 1370,

deren hier weder der eine, noch die andern vorliegen.

Wenn man also auch im Allgemeinen gelten läßt, daß mittelst der Einsprache nur während des Vollstreckungsverfahrens auf Regelung des Zusammenstoßes verschiedener Rechte hingewirkt werden kann, daß damit dem benachtheiligten Gläubiger das Recht nicht abgeschnitten ist, auch noch nach dem Schlusse jenes Verfahrens selbstständig sein Recht zu wahren, so steht in dem vorliegenden besonderen Falle dem Kläger ein solches Recht gegen den aus dem Erlös befriedigten Gläubiger nicht zu; es fehlt also der erhobenen Klage, wenn man sie von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet, an rechtlicher Begründung. Das Recht des Nachbietens ist zwar dem übergangenen Unterpfands-Gläubiger hauptsächlich zu dem Zwecke gewährt, um sich gegen den aus der Unzulänglichkeit des Erlöses ihm drohenden Nachtheil zu schützen, allein es steht jedem übergangenen Pfandgläubiger unbedingt, also unzweifelhaft auch zu dem Zwecke zu, um den, ihm durch Uebergehen in der Verweisung des zu seiner Befriedigung genügenden Erlöses drohenden Nachtheil dadurch zu besei-

tigen, daß er durch das Nachgebot die Wirkung der sonst endgültigen Versteigerung aufhebt und sich in die Lage setzt, seinem Vorrechte bei der neuen Verweisung Anerkennung verschaffen zu können.

Hiernach ist der Kläger durch das unterrichterliche Erkenntniß nicht beschwert, weßhalb dasselbe bestätigt, und Kläger Appellant nach §. 168 der Pr.O. (in der neuen Abfassung) in die Kosten dieses Rechtsstreits verfällt werden mußte.

Stempf.

IV.

Oberhofgericht.

Ueber die Anwendung des L.R.S. 2146.

Schweiß gegen Kempf.

Am 18. Febr. 1848 verstarb X. Kempf und hinterließ eine Wittwe mit 3 Kindern, gegen welche L. Schweiß, ein Schwager des Verstorbenen, unterm 21. Febr. bei großh. Oberamte Lahr für den Betrag von 5900 fl. nebst Zinsen vom 9. Juni 1847 einen unbedingten Befehl begehrte.

In der nämlichen Tagfahrt anerkannten die X. Kempf'schen Relikten die eingeklagte Forderung durch ihren Bevollmächtigten als richtig mit der Erklärung, daß sie die väterliche Erbschaft angetreten hätten.

Durch einen sofort verkündigten Bescheid wurde den Beklagten aufgegeben, die eingeklagte Summe von 5900 fl. nebst 5 pCt. Zins vom 9. Juni 1847 binnen 4 Wochen bei Zugriffsvermeidung an den Kläger zu zahlen ꝛc. ꝛc.

Diesen Bescheid ließ der Kläger am anderen Tage zum Pfandbuch eintragen.

Nach diesem Vorgange entschlugen sich am 10. März die X. Kempf'schen Kinder der väterlichen Erbschaft, weil durch die inzwischen bewerkstelligte Vermögensaufnahme eine Ueberschuldung der Masse zu Tag gekommen war.

Die Wittwe hingegen wollte die ganze Masse übernehmen und mit den Gläubigern einen Nachlaß-Vergleich versuchen. Da aber die deßfallsigen Unterhandlungen zu keinem Ergebniß führten, so wurde auf vorgängige Insolvenzerklärung der Wittwe unterm 17. Juni die Gant erkannt.

Zu einer Ausscheidung des ehemännlichen und eheweiblichen Vermögens kam es nicht. Im Ehevertrage war allgemeine Gütergemeinschaft bedungen.

Bei der Liquidation beanspruchte nun L. Schweiß für obenerwähnte Forderung richterliches Unterpfandsrecht vom 22. Febr. 1848 in dritter Ordnung.

Die Forderung ward von der Masse zwar als richtig zugestanden, das Pfandrecht hingegen bestritten, aber aus Gründen, die in keiner Instanz für durchschlagend erachtet worden sind, weßhalb sie hier mit Stillschweigen übergangen werden. Der Gantrichter verwies die Forderung in die fünfte Classe, weil er annahm, daß Schweiß den unbedingten Befehl und den Pfandeintrag nur erwirkt habe, um sich auf Kosten der gemeinen Gläubiger einen Vorzug zu verschaffen.

Das großh. Hofgericht dagegen bestätigte den Ordnungsbescheid auf den Grund hin, daß der unbedingte Befehl wegen Mangels aller Erfordernisse des §. 702 der Pr.O. nicht zu Recht beständig, und daher die fragliche Forderung als vorzugslos nach §. 894 so, wie geschehen, zu lociren sei.

In dritter Instanz wurde unterm 13. Oktober l. J. ebenfalls bestätigend erkannt, jedoch aus folgenden

Gründen:

Die Forderung des L. Schweiß ist nach den vorliegenden Urkunden eine Gemeinschaftsschuld der Xaver Kempf'schen Eheleute.

Durch den am 18. Febr. 1848 erfolgten Tod des X. Kempf, wurde die Gemeinschaft aufgelöst.

Das am 21. desselben Mts. gegen dessen Erben in Form eines unbedingten Befehls erwirkte Urtheil konnte daher, weil sich die Kinder am 10. März 1848 der väterlichen Erbschaft wegen Ueberschuldung entschlagen haben, nach L.R.S. 2146 nicht mehr gültig zum Unterpfandsbuch eingetragen werden, um einen Vorrang vor anderen Handschriftsgläubigern des X. Kempf zu begründen.

Zachariä, II., §. 271, S. 128.

In Fällen nämlich, wo entweder eine Erbschaft unbedingt ausgeschlagen oder nur unter der Vorsicht des Erbverzeichnisses angenommen wird, vermuthet das Gesetz eine Ueberschuldung des Verstorbenen, und erklärt eben deßhalb, weil es dem betreibenden Gläubiger die Kenntniß davon zutraut, wegen besorglichen Einverständnisses zwischen diesem und dem Schuldner, beziehungsweise dessen Erben, den Eintrag im Interesse der gemeinen Gläubiger, welche dadurch benachtheiligt werden sollten, für wirkungslos.

Brauer, IV., 203.

Rogron, les. V Cod. p. 408.

Diese Vermuthung trifft in dem vorliegenden Falle um so mehr zu, als L. Schweiß mit F. Kempf verschwägert, und das Vermögen des Letzteren, wie sich bald zeigte, bei seinem Ableben um mehrere 1000 fl. überschuldet war. Aus diesem Grunde würden auch die französischen Gerichte dem Eintrage vom 22. Febr. 1848 keine Wirkung zugestehen.

Grenier, II., p.164, No. 28.

Lauckhard, R F, I., 347.

Da der unbedingte Befehl nur gegen die F. Kempf'schen Erben, und nicht zugleich gegen die Wittwe, welche die Vollmacht blos als Vertreterin ihrer minderjährigen Tochter unterzeichnet hat, erwirkt worden ist, so kann auch kein Pfandrecht auf die eheweiblichen Liegenschaften in Anspruch genommen werden.

Dem Bisherigen zufolge ist der oberappellant. Theil durch die Erkenntnisse der vordern Instanzen in keiner Hinsicht beschwert.

A. d. Gr. rc. rc.

Bemerkung.

Die Meinung der Minorität ging dahin, daß der L.R.S. 2146 auf den vorliegenden Fall keine Anwendung leide, weil die Kempf'schen Kinder bei der Verhandlung vom 21. Febr. 1848, anstatt sich auf den L.R.S. 797 zu berufen, unter Anerkennung der eingeklagten Schuld erklärt haben, daß sie die väterliche Erbschaft angetreten hätten L.R.S. 778, 800 und 1320. Die am 10. März nachträglich erfolgte Entschlagung der Erben könne den Pfandeintrag vom 22. Febr. nicht rückwärts noch wirkungslos machen. Wäre aber auch diese Inscription wirkungslos, so gewähre doch das zu Recht beständige Urtheil für sich nach badischem Rechte einen Vorrang vor blosen Handschriftsforderungen in vierter Ordnung. L.R.S. 2123.

Archiv für Rechtspflege rc., II., 14 und 410.

Stempf, Gantrecht rc., S. 285, §. 47.

Da nun die Schweiß'sche Forderung, den Pfandeintrag als gültig und wirksam vorausgesetzt, doch den älteren Unterpfändern in dritter Classe zufolge der L.R.S. 2134, 2148, Abs. 5, und 2218 a., Abs. 3 nachstehen müßte, so wäre für sie die Location in vierter Ordnung von gleicher Wirkung, weil hier kein anderer Gläubiger vorkomme. Dieser Location stehe aber der L.R.S. 2146 nicht entgegen, weil er nur von Eintragungen handle und eine Ausdehnung seiner Vorschrift auf Urtheile als unzulässig erscheine. Der Oberappellant sei daher jedenfalls dadurch beschwert, daß er mit seiner Forderung nicht wenigstens in die vierte Classe gesetzt worden.

D. R.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. **No. 45.** **Mannheim,** 8. November **1851.**

I.

Das Schwurgericht *)

nach dem Gesetz vom 5. Febr. d. J., Rggsbl. No. 9.

„Unser bisheriges Strafverfahren erlangt durch die im Jahr 1845 erschaffene, aber noch nicht ins Leben getretene Strafprozeßordnung, welche Oeffentlichkeit, Mündlichkeit und Anklageform einführt, eine wesentliche verbessernde, aber den Forderungen der Neuzeit und den Forschungen der Wissenschaft noch nicht genügende Umbildung. Durch gleichzeitige Verbindung des Schwurgerichtes — mit jenen Verbesserungen — soll nun das Strafverfahren der Vollendung noch näher gebracht werden. Im Gefolge der großen Ereignisse des Jahres 1848 erhob sich in allen Staaten Deutschlands laut und dringend der Ruf nach Einführung von Schwurgerichten und die deutsche Nationalversammlung hat unter ihre Beschlüsse über die Grundrechte des deutschen Volkes in den Art. VIII. die Bestimmungen aufgenommen, daß

a) das Gerichtsverfahren öffentlich und mündlich sein,
b) in Strafsachen der Anklageprozeß gelten und
c) Schwurgerichte jedenfalls in schwereren Strafsachen und bei allen politischen Vergehen urtheilen sollen.

Den Bestimmungen a) und b) ist die badische Gesetzgebung schon, wie oben erwähnt, im Jahr 1845 zuvorgekommen und auch zu c) hat die badische Regierung viel früher als dieser Beschluß erfolgt war, schon am 1. März 1848 die alsbaldige Fürsorge zur Einführung von Schwurgerichten zugesichert und diese Zusicherung durch die am 13. März 1848 der zweiten Ständekammer gemachte Vorlage eines diesfälligen Gesetzesentwurfes*) in Erfüllung gebracht. Den in Deutschland geführten vieljährigen Kampf über die Frage, ob das Schwurgericht nach seiner politischen und rechtlichen Bedeutung ein dem Strafverfahren beizugesellendes, nothwendiges, oder wenigstens zweckmäßiges Institut sei, halten wir schon nach dem im Eingange Angeführten für entschieden, daher jede weitere Erörterung hierüber für überflüssig. Jedes noch hie und da bestehende Bedenken gegen die Schwurgerichte im Allgemeinen muß die Erfahrung beseitigen, daß wir sie bei allen freien civilisirten Völkern finden, und daß überall, wo sie bestehen, das Volk mit Eifer und Liebe an denselben hängt und sie um keinen Preis wieder aufgeben möchte."

„Ueber die Art und Weise der Bildung der Schwurgerichte, über die Bemessung ihrer Zuständigkeit und über die Art der Ausübung ihrer Rechte herrschen in den verschiedenen Ländern, wo sie bestehen, nicht gleiche Grundsätze, ja in einem und demselben Lande, (z. B. Frankreich) sind sie im Laufe von 60 Jahren öfter dem Wechsel unterlegen. Eine Uebereinstimmung der Grundsätze hierüber auch für das Gesammtvaterland der Deutschen wird schwerlich je zu erzielen sein, weil in dieser Beziehung gar Vieles von den übrigen politischen und gerichtlichen Institutionen der Einzelstaaten, von dem Grade der Bildung und dem Karakter ihrer Angehörigen abhängt. Allgemein anerkannt ist nur das Princip der Theilnahme des Volkes an der Rechtspflege, und am richtigsten dürfte wohl der von Stemann (Die Jury in Strafsachen, S. 203) gefaßte Begriff des Schwurgerichts nach dessen überall an-

*) Die Anmerkungen Bekks zu dem oben erwähnten Gesetz, so verdienstlich und dankenswerth sie sind, machen doch eine weitere Erörterung, namentlich in Ansehung der Schwurgerichte, nicht überflüssig, zumal Bekk die landständischen Verhandlungen von 18^{48}/$_{49}$ nicht benützt hat, auf welche Verhandlungen man umsomehr hingewiesen ist, als sie den Kammerberathungen des letzten Landtags zur Grundlage dienten und diese Kammerverhandlungen bekanntlich nicht gedruckt wurden. D. E.

*) Dieser Entwurf befindet sich im Rggsblt. v. 1848, No. 47. D. E.

zutreffenden Merkmalen sein, indem er das Schwurgericht als eine Vereinigung von Staatsbürgern bezeichnet, die keine Rechtskenntnisse zu besitzen nöthig haben und nicht als Richter angestellt sind, die vielmehr nur für einen einzelnen Criminalfall oder für einen Complex von Straffällen, welche zu einer bestimmten Zeit in einem gewissen Distrikte zur gerichtlichen Entscheidung stehen, in der Weise zusammentreten, daß dem Angeklagten eine mehr oder weniger beschränkte Theilnahme bei der Auswahl derselben gestattet ist, um nach stattgehabter mündlicher accusatorischer Verhandlung des Prozesses unter Leitung einer richterlichen Behörde, und ohne über die ihren Ausspruch bestimmenden Gründe zu einer Rechenschaft, oder überhaupt in einer äußeren Weise dafür verantwortlich zu sein, über die Frage endlich zu entscheiden, ob der vor Gericht Gestellte des ihm angeschuldigten Verbrechens schuldig sei oder nicht."

„Alle weitern, in einzelnen Staaten geltenden Bestimmungen, gehören nicht mehr dem allgemeinen Begriffe des Schwurgerichts, sondern dem Entwicklungsgange desselben in den verschiedenen Ländern an. Gegen Frankreich, welches unter ähnlichen Verhältnissen, wie es jetzt die unsrigen sind, zur Zeit seiner ersten Revolution das Schwurgericht aus England auf seinen Boden verpflanzt hat, sich aber seither schon oft genöthiget sah, damit bedeutende Veränderungen vorzunehmen, ist unsere Lage weit günstiger, indem uns für die diesfällige Gesetzgebung eine beinahe 60jährige franz. Praxis, und überdies die Erfahrungen derjenigen Länder, welche schon vor uns die französische Jury nachgeahmt haben, zu Gebote stehen und zur Lehre dienen können. In dem Gesetzesentwurfe, wie er am 13. März 1848 von der Regierung vorgelegt wurde, und noch mehr, wie er aus den Berathungen und Beschlüssen der zweiten Kammer sich gestaltete, sind nicht nur sämmtliche Merkmale des oben dargestellten allgemeinen Begriffs des Schwurgerichts zu finden, sondern auch die französische Praxis und die Erfahrungen anderer Länder mit großer Umsicht benützt."

Wir glaubten unsere Erörterungen über das Schwurgericht nicht besser beginnen zu können als mit obigen schönen Worten des von Obkircher in der ersten Kammer im Jahr 1848 erstatteten Commissionsberichtes, und gehen nun auf die einzelnen Bestimmungen des Gesetzes vom 5. Febr. d. J., soweit es das Schwurgericht betrifft, über, indem wir bemerken, daß wir hauptsächlich solche Fragen zur Sprache bringen werden, welche Bekk nicht berührt hat, oder hinsichtlich welcher wir die Ansicht Bekks nicht theilen.

§. 1.

Von den vor die Schwurgerichte gehörigen Strafsachen. *)

Tit. IV., §. 41—43.

In §. 41 sind die Verbrechen aufgezählt, welche zur Competenz der Schwurgerichte gehören, und hiernach sind nur die schwereren Verbrechen oder wichtigeren Straffälle vor die Schwurgerichte gewiesen. Schon nach dem II. Entwurf von 1848, §. 2, sollten nur die im §. 59 des Gesetzes über die Gerichtsverfassung den Hofgerichten vorbehaltenen Straffälle, mit Ausnahme der Ehebruchsfälle, ferner Tödtungen in den Fällen der §§. 209, 212, 213 u. 239; Verwundungen in den Fällen des §. 225, No. 1 und 2, und §. 232, No. 1; Nothzucht, Raub, Erpressung, Münzfälschung, Brandstiftung, vorsätzliche Ueberschwemmung oder Beschädigung der Eisenbahn und Wucher von den Schwurgerichten abgeurtheilt werden. In der Sitzung der II. Kammer vom 8. Oktober 1848 entstand nun großer Streit darüber, ob das Geschwornengericht (wie in Frankreich) nur zur Aburtheilung schwerer Verbrechen, oder (wie in England und Nordamerika) auch zur Aburtheilung der correctionellen (bei uns nach der Gerichtsverfassung an das Bezirksstrafgericht gewiesenen) Straffälle angeordnet werden soll. Es wurde der Antrag gestellt, die Competenz der Schwurgerichte auf diejenigen Fälle auszudehnen, welche von den Bezirksstrafgerichten abgeurtheilt werden, welcher Antrag in der Kammer große Unterstützung fand. Hiegegen wurde aber eingewendet: Man müsse mit dem Schwurgericht vorerst hinsichtlich der größeren Verbrechen einen Versuch machen, man werde erst sehen, wenn einmal die Sache ins Leben trete, welch ungeheuere Reclamationen auch von Seite der Bürger, die als Geschworene zugezogen werden, entstehen werden. Man könne es denselben aber wohl zumuthen, in den schweren Straffällen, die nach der Gerichtsverfassung an die Hofgerichte kommen sollten, Dienste zu leisten. Wenn dagegen in allen den kleinen Strafsachen, die von den Bezirksstrafgerichten erledigt werden, auch die Ge-

*) Durch Erlaß des großh. Justizministeriums vom 9. April d. J. No. 3524 ist angeordnet, daß die Aemter von allen Verbrechen, welche nach §. 41 Ziff. 1—42 des Gesetzes vom 5. Februar zur Gerichtsbarkeit der Schwurgerichte gehören, dem Hofgerichte eine Voranzeige zu erstatten haben. D. R.

schworenen beigezogen werden sollten, so wäre das eine ganz grandiose Belästigung. In Frankreich und auf dem deutschen Rheinufer vernehme man ganz außerordentliche Beschwerden, das sei aber eine Kleinigkeit gegen die Beschwerden, die entstehen werden, wenn in allen bezirksstrafgerichtlichen Fällen die Geschworenen beigezogen würden, denn die bezirksstrafgerichtlichen Straffälle seien zehnmal so zahlreich, als die hofgerichtlichen, sie seien nur von geringerer Bedeutung. Neue Einrichtungen, wie die Schwurgerichte, müsse man selbst, wenn man zweifelhaft sei über die Frage, wie weit das Institut ausgedehnt werden solle, doch nicht sogleich im Uebermaaß so außerordentlich auszudehnen, daß bald ein Widerwille dagegen entstehen würde, sondern da müsse man auch die Leute zuerst daran gewöhnen, man müsse nicht nur Erfahrungen machen, sondern man müsse auch sehen, wie die Sache aufgenommen werde, und inwiefern ein weiteres Bedürfniß seiner Zeit gefühlt werde. Bis in die neueste Zeit sei nirgends auch nur das Verlangen gestellt worden, daß in den geringeren Straffällen Schwurgerichte urtheilen sollen. Alles, was man bisher über die Vorzüge der Schwurgerichte gesagt habe, beziehe sich nur auf die großen Straffälle, aber nicht auf die geringeren Strafsachen. (Bekk.) — Selbst Mittermaier, obwohl er in den Commissionsberichten sich dahin aussprach, daß auch über die an die Bezirksstrafgerichte gewiesenen Fällen Geschworene (jedoch in kleinerer Zahl) richten sollen, trat der gegentheiligen Meinung bei, indem er sagte: Durch die Grundrechte (§. 46) sei nur bestimmt, daß Schwurgerichte jedenfalls in schwereren Strafsachen und bei allen politischen Vergehen urtheilen sollen. In keinem deutschen Staate, der die Schwurgerichte einführe, komme die Ausdehnung auf die correctionellen Fälle vor. Man müsse das Institut bei uns einbürgern und Wurzel fassen lassen, daher manche Vorschläge unterdrücken, damit nicht durch Einführung von Vorschlägen, die wohl in einem Lande, wo das Institut Jahrhunderte bestand, zweckmäßig sein mögen, und durch all zu große Ausdehnung das Schicksal des Instituts gefährdet werde, das in unserem Vaterlande erst eingeführt werden solle. Nach der Gerichtsverfassung kommen ohnehin schon bei uns mehr Fälle vor die Geschworenen als in Frankreich, man dürfe unsere bezirksstrafgerichtlichen Fälle mit den correctionellen Fällen in Frankreich nicht in eine Klasse werfen. — In Folge dessen wurde denn auch von der Kammer der Antrag, die Competenz der Geschworenen auf alle bei den Bezirksstrafgerichten abzuurtheilenden Fälle auszudehnen, verworfen.

Die Bestimmung des §. 41 des neuen Gesetzes stimmt nun mit der Vorschrift des §. 2 des II. Entwurfs von 1848 im Prinzip überein, doch ist nach dem neuen Gesetz die Competenz der Schwurgerichte viel beschränkter als nach dem erwähnten Entwurf, namentlich in politischen Prozessen und in Preßsachen.

Im Allgemeinen entsteht zunächst die Frage: ob die Competenz der Schwurgerichte auch auf die Versuchshandlungen sich erstrecke, mit andern Worten, ob die Competenz der Schwurgerichte auch dann begründet sei, wenn eines der im §. 41 aufgeführten Verbrechen nicht zur Vollendung gekommen, sondern es nur beim Versuch geblieben sei? Das neue Gesetz enthält hierüber keine ausdrückliche Bestimmung, mit Ausnahme der Fälle in No. 29 (Verbindung zu Raub, Diebstahl und Fälschung oder Betrug §. 482 des St.G.B.), sodann in No. 36 (Versuch des Mords durch Brandstiftung §. 559 des Str.G.B, ferner in No. 38 (Eingehung einer hochverrätherischen Verbindung §. 592, 593 und Vorbereitungshandlungen zu hochverrätherischen Unternehmungen §. 594 des Str.G.B.), endlich in No. 39 (Versuch des Landesverraths in §. 598 des Str.G.B.). Außer diesen Fällen wird aber die Competenz der Schwurgerichte auch bei den übrigen in §. 41 aufgeführten Verbrechen auf die Versuchshandlungen sich erstrecken, insofern hierüber nicht in dem speciellen Theile des Strafgesetzbuches besondere Strafbestimmungen gegeben und solche nicht in den §. 41 des neuen Gesetzes aufgenommen worden sind, wie bei dem Versuch der Abtreibung der Leibesfrucht (§. 253 des Str G.B. vergl. mit No. 11 des §. 41), Versuch der Münzfälschung durch Verringerung des Werthes u. s. w. (§. 514 vergl. mit No. 33 des §. 41), Versuch der Verfälschung fremden Metallgeldes auf diese Weise in gewinnsüchtiger Absicht (§. 519 vergl. mit Nro. 34 des §. 41), Versuch der Verfälschung ächten Papiergeldes (§. 524 vergl. mit No. 35 des §. 41). Diese eben erwähnten Versuchshandlungen sind ohne Zweifel von der Competenz der Schwurgerichte ausgeschlossen und zwar in Gemäßheit des Rechtssatzes: qui dicit de uno, negat de altera. Dagegen werden bei den anderen in §. 41 aufgezählten Verbrechen auch die Versuchshandlungen vor die Geschworenen gehören. Denn hinsichtlich dieser Verbrechen ist in dem speciellen Theile des Strafgesetzbuches über den Versuch keine besondere Strafbestimmung getroffen, also der Versuch nicht, wie bei den anderen Verbrechen, gleichsam zu einem eigenen Ver-

brechen gestempelt, sondern es sind die allgemeinen Vorschriften in §. 106 ff. des Str G.B. maaßgebend. Und in §. 41 des neuen Gesetzes vom 5. Febr. d. J. wollte im Allgemeinen offenbar nur die *Art und Gattung* der für die Schwurgerichte gehörigen Strafsachen bezeichnet, nicht aber, mit Ausnahme der oben angegebenen Fälle, *der Grad der Theilnahme* bestimmt werden. Hierüber entscheidet der §. 43, wornach das Schwurgericht über alle Theilnehmer an dem vor dieses Gericht gewiesenen Verbrechen zu erkennen hat, *ohne Rücksicht auf den Grad ihrer Theilnahme*. Hiedurch wird die Ansicht unterstützt, daß in der Regel die Competenz der Schwurgerichte auch dann begründet ist, wenn eines der in §. 41 aufgeführten Verbrechen blos zum Versuch gekommen ist, *denn der Versuch ist auch eine Theilnahme an dem Verbrechen*. Jedenfalls sind die Schwurgerichte zur Entscheidung competent, wenn ein Factum, welches von der Anklage als vollendetes Verbrechen bezeichnet wird, im Verlaufe der Verhandlungen nur als Versuch sich herausstellt, wie später gezeigt werden wird. *)

Ueber einzelne in §. 41 aufgeführte Verbrechen kommt folgendes zu bemerken:

Nach No. 40 des §. 41 gehört die Majestätsbeleidigung und Beleidigung von Mitgliedern des großherzoglichen Hauses in den Fällen der §§. 606, 610, 613 des Str.G.B. vor die Schwurgerichte. Nimmt man diese Bestimmung wörtlich, so kommt man zu einem sonderbaren Resultat, indem alsdann *alle* und *jede* Beleidigung der Mitglieder des großherzoglichen Hauses, dagegen die Beleidigungen des Großherzogs und der Großherzogin *nur dann, wenn sie mit Gewaltthätgkeit oder thätlicher Mißhandlung verübt sind*, zur schwurgerichtlichen Aburtheilung sich eignen. Denn der §. 613 spricht von den Beleidigungen gegen die Mitglieder des großherzoglichen Hauses *jeder Art*, während der §. 606, 610 blos von Beleidigungen gegen den Großherzog und die Großherzogin durch Gewaltthätigkeit oder thätliche Mißhandlung handelt, und das Strafgesetzbuch von anderen Beleidigungen gegen den Großherzog und die Großherzogin erst in den §§. 607, 611 spricht, welche Bestimmungen aber nicht in den §. 41 No 40 des neuen Gesetzes aufgenommen worden sind. Offenbar wollte jedoch der Gesetzgeber die Beleidigungen gegen die Mitglieder des großherzoglichen Hauses nicht anders und wichtiger behandelt wissen, als die Beleidigungen gegen das Staatsoberhaupt und dessen Gemahlin, wenigstens ist ein vernünftiger Grund für eine solche Unterscheidung nicht denkbar und auch nirgends angegeben. Es stellt sich somit die Fassung der No. 40 des §. 41 als Redactionsfehler dar und es ist anzunehmen, daß nach der Intention des Gesetzgebers auch nur die mit Gewaltthätigkeit oder thätlicher Mißhandlung verübten Beleidigungen gegen die Mitglieder des großherzoglichen Hauses vor die Schwurgerichte und andere Beleidigungen vor die Hofgerichte gehören *), wornach also in Folge der Regeln über die logische Auslegung (vergl. Thibaut Theorie der logischen Auslegung §. 12, 23 ff.) die Bestimmung des §. 41 No. 40 zu *beschränken* ist.

Nach No. 41 des §. 41 sind die *von Amtswegen* zu verfolgenden *Preßvergehen* vor die Schwurgerichte gewiesen, wenn der Staatsanwalt auf eine höhere Freiheitsstrafe als von 6 Monaten Gefängniß angetragen hat. Das Vergehen, welches sehr häufig durch die Presse begangen wird, ist *die Aufforderung zum Hochverrath*. Nun sind aber durch No. 38 des §. 41 *alle* Vorbereitungshandlungen zu hochverrätherischen Unternehmungen (§. 594 des Str G B.) *unbedingt* vor die Schwurgerichte gewiesen. Es wird daher eine durch die Presse verübte Aufforderung zum Hochverrath selbst dann vor die Schwurgerichte gehören, wenn der Staatsanwalt auf eine Freiheitsstrafe von 6 Monaten und darunter z. B. von 3 Monaten Gefängniß angetragen hat. **)

Nach No. 42 des §. 41 gehören die *Amtsverbre-*

---

*) Sehr richtig! Vergl. auch Annalen XVIII., 330.

D. R.

*) Hieran kann um so weniger gezweifelt werden, als der §. 613, nach der inclavirten Ueberschrift, mit den Worten beginnt:

„**Thätliche Mißhandlungen** verübt gegen den Erbgroßherzog 2c. 2c.

Ein Redactionsfehler läßt sich demnach nicht unterstellen.

D. R.

**) Der §. 594 spricht im Allgemeinen von *Schriften*, worunter allerdings auch *Druckschriften* begriffen sind. Wird durch das Mittel der letzteren zu einem hochverräthischen Unternehmen aufgefordert, so gehört die That *jedenfalls* vor das Schwurgericht, aber nicht deßhalb, weil sie *schriftlich* verübt wurde, sondern aus dem Grunde, weil *alle* hochverrätherischen Handlungen an die Schwurgerichte gewiesen sind. Der §. 41 No. 41 handelt von *anderen* Preßvergehen, welche *nicht unbedingt*, sondern nur *je nach dem Antrag des Staatsanwaltes* von den Schwurgerichten abgeurtheilt werden sollen.

D. R.

chen der Staatsdiener, welche mit Dienstentlassung oder Dienstentsetzung bedroht sind, vor die Schwurgerichte. Unter den Staatsdienern werden aber nicht alle öffentlichen Diener (vergl. §. 657, 658 des Str.G.B.), sondern nur diejenigen öffentlichen Diener zu verstehen sein, welche die Staatsdiener-Eigenschaft durch eine landesherrliche Anstellungsurkunde erworben haben. Es wird daher z. B. die Rechnersuntreue eines Gemeinderechners sich nicht zur Aburtheilung durch die Schwurgerichte eignen, insofern nicht nach dem Ermessen des Hofgerichts den Umständen des einzelnen Falles gemäß eine Zuchthausstrafe von wenigstens 3 Jahren oder eine Arbeitshausstrafe von mehr als 6 Jahren zu erkennen ist.

Die übrigen Nummern des §. 41 geben zu keiner besonderen Bemerkung Veranlassung, ebensowenig der § 42.

Dagegen wirft sich bei §. 43 die Frage auf, ob das Schwurgericht auch über die Begünstiger zu entscheiden hat. Nach § 43 muß nämlich beim Zusammentreffen verschiedenartiger Theilnehmer an einem vor das Schwurgericht gewiesenen Verbrechen dieses Gericht über Alle, ohne Rücksicht auf den Grad ihrer Theilnahme, erkennen.*)

Nun aber ist in den Anmerkungen der Gesetzgebungscommission zu dem Entwurf des Strafgesetzbuches gesagt: „Der Begünstiger kann nicht als eine Art von Theilnehmer am Verbrechen eines anderen betrachtet werden, da eine Theilnahme an einer begangenen Handlung geradezu unmöglich ist, auch bezieht sich die Begünstigung auf den Verbrecher und nicht auf das Verbrechen und nicht selten mißbilligt der, welcher sich derselben schuldig macht, das von dem Anderen verübte Verbrechen, während er aus Mitleiden für den Verbrecher, aus Rücksichten der Verwandtschaft u. s. w. Handlungen vornimmt, welche eine Begünstigung enthalten. Da jedoch die Begünstiger noch häufiger eine der bürgerlichen Sicherheit und Ordnung gefährliche Gesinnung an den Tag legen, und jedenfalls der Realisirung des Interesses der bürgerlichen Gesellschaft an der Entdeckung der Verbrechen und Bestrafung der Schuldigen hindernd in den Weg tritt, auch die Hoffnung Begünstigung zu finden, schon durch Minderung der Furcht vor Strafe im Verbrecher die Wirkung des Strafgesetzes schwächt, so müßte man die Begünstigung, und zwar als eigenes Verbrechen, für strafbar erklären." § 142 des Str.-G.B. Hiernach sollte man glauben, daß sich die Competenz der Schwurgerichte auf die Begünstiger nicht erstreckt, sondern sich nur auf die Urheber, intellectuelle (Anstifter) und physische, Miturheber, Complottanten und Gehülfen beschränkt. Allein bei dieser Ansicht wäre es sehr zweifelhaft, welches Gericht über das besondere Vergehen der Begünstigung zu entscheiden hätte. Denn der §. 57 des Gesetzes über die Gerichtsverfassung ist nicht in das neue Gesetz aufgenommen. In §. 16 des neuen Gesetzes ist dieses Vergehen auch nicht aufgeführt. Hiernach und nach §. 34 desselben Gesetzes wäre dieses Vergehen also immer vom Hofgericht abzuurtheilen. Dieses ist aber offenbar nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen, es läßt sich daher nichts anderes annehmen, als daß der Gesetzgeber in §. 43 den Ausdruck „Theilnahme" im weitesten Sinne gebraucht, somit auch die Begünstigung darunter versteht *) Uebrigens setzt der § 43 voraus, daß alle Angeschuldigten derselben Gerichtsbarkeit unterworfen sind und er bezieht sich überhaupt in keiner Weise auf die Frage der Gerichtsbarkeit, sondern wie der Wortlaut klar zeigt, nur auf die Verschiedenheit der Theilnehmer an einem Verbrechen nach dem Grade ihrer Betheiligung. Es ist daher durch §. 43 des neuen Gesetzes die Vorschrift in Art. 19 des Gesetzes vom 12. Februar 1849, Rggsbl. S 69 und in §. 3 Abs. 4 des Gesetzes über den Kriegszustand vom 29. Jan. 1851 (Rggsbl. No. 6) nicht abgeändert, wornach alle von Militärpersonen während des Kriegszustandes verübten gemeinen Verbrechen auch durch die Militärgerichte untersucht und abgeurtheilt werden. **)

---

*) Es wird daher im Falle des §. 252 No. 1, wenn der Mitschuldige oder Anstifter das Verbrechen gewerbsmäßig verübt, auch die Geschwängerte von dem Schwurgerichte abzuurtheilen sein.
D. E.

*) Man wird dieser gewiß praktischen Ansicht um so mehr beipflichten müssen, als die Zuständigkeit eines Strafgerichts, wie es schon die Natur der Sache bedingt, das ganze Verbrechen mit all' seinen Theilen und Theilnehmern an sich zieht. Die Begünstigung ist aber immerhin eine nachgefolgte Theilnahme. Vergl. auch Annalen XVIII., 204.
D. R.

**) „Noch verdient die Frage einer Erwähnung: ob man eine Specialjury einführen soll, wie dies in England besteht, indem man dort annimmt, daß es Verbrechen gibt, zu deren Beurtheilung ein höherer Grad von Intelligenz, besondere Kenntnisse, größere Unabhängigkeit gehörten, z. B. bei Fälschung, bei Bankrott. Wir können die Anordnung einer solchen besonderen Jury nicht in Vorschlag bringen, weil dadurch die Achtung und Wirksamkeit der gewöhnlichen Geschwornengerichte herabgesetzt würde, weil man sonst in der Gen-

§. 2.

Von der Besetzung des Schwurgerichtshofes.

Tit. V., §. 44—48.

Die Bestimmung in §. 44—46 bezieht sich auf die Besetzung der Gerichte. „Es bedarf hier eines Zusammenwirkens von Geschworenen, welche die Fragen über die Schuld des Angeklagten zu beantworten haben, und der rechtsgelehrten Richter, welche theils im Laufe der Verhandlung über einzelne vorkommende Zwischenfragen entscheiden, theils den Wahrspruch der Geschworenen unter das Gesetz stellen und das Endurtheil über den Angeklagten zu fällen haben." (I. Commissionsbericht von Mittermaier.) Der §. 44 bestimmt, wie der §. 2 des I. Entwurfs von 1848, und §. 1 des Gesetzes vom 17. Febr. 1849, Rgg.Blt. No. 8, die Bildung des Gerichts aus 12 Geschwornen und 5 rechtsgelehrten Richtern. In der Sitzung der ersten Kammer vom 27. November 1848 wird hierüber gesagt: Es ist diese Bestimmung der Zahl der Geschworenen eine Nachahmung der früher bestandenen Einrichtung (der Eideshelfer oder Schöffen, die gewöhnlich aus zwölf Mitgliedern bestanden.) Anders verhält es sich mit der Zahl der rechtsgelehrten Richter. Wie dieser Paragraph vorschreibt, so war auch in der franz. Strafprozeßordnung bestimmt, daß 5 Rechtsgelehrte bei den Schwurgerichten mitwirken. Die französische Gesetzgebung hat sich aber veranlaßt gefunden, im Jahr 1831 ein Gesetz zu geben, wornach nur 3 Richter den Schwurgerichten beiwohnen. Die französische Gesetzgebung ging von der Ansicht aus, die wichtigste Funktion liege den Geschworenen ob, während die Richter nur die Funktion hätten, die Strafe auszusprechen. Dieser Grund ist bei uns nicht schlagend, denn das Auffinden der Strafe ist nach unseren Gesetzen nicht etwas Leichtes. Unsere Strafgesetzgebung enthält nur relative Strafbestimmungen, und um die geeignete Strafe zu finden, muß der rechtsgelehrte Richter eben so gut wie das Geschworenengericht alle thatsächlichen Verhältnisse in's Auge fassen, und alle feinen Nuancen in Erwägung ziehen. Es ist ferner nicht aus dem Auge zu lassen, daß auch eine Civilparthie auftreten kann, welche ihre Entschädigungsansprüche geltend macht. (Obkircher.) Die hier bestimmte Zahl von Geschworenen entspricht den Gesetzen aller Länder, wo Geschworenengerichte bestehen. Was die Zahl der Richter betrifft, so entspricht sie unserer bisherigen Einrichtung; darin, daß die Beweisfrage an die Geschworenen gewiesen ist, liegt kein Grund von der bestehenden Ordnung in Bezug auf die Richterzahl abzugehen. (Brauer.)

Während nach §. 3 des I. Entwurfs von 1848, und §. 4 des Gesetzes von 1849 der Präsident des Hofgerichts den Vorsitzenden des Schwurgerichtes aus der Mitte seines Collegiums ernannt, und nach den Anträgen der Commission der zweiten Kammer vom Jahr 1850 der Vorstand des Oberhofgerichts die Präsidenten der Schwurgerichte und einen Stellvertreter ernennen soll, (wie dies auch in anderen deutschen Staaten, z. B. Würtemberg, Hessen, Nassau der Fall ist,) geschieht jetzt nach §. 45 des neuen Gesetzes die Ernennung des Vorsitzenden und seines Stellvertreters für jede Urtheilssitzung von großh. Justizministerium aus den Mitgliedern des Oberhofgerichts oder eines Hofgerichts. Hiernach kann von großh. Justizministerium zum Präsidenten des Schwurgerichts und dessen Stellvertreter auch ein Mitglied eines anderen Hofgerichts als diejenigen, in dessen Sprengel die betreffenden Schwurgerichtssitzungen stattfinden, ernannt werden. Dagegen ernennt nach dem neuen Gesetz wie nach §. 3 des I. Entwurfs von 1848, und §. 4 des Gesetzes von 1849 der Präsident des Hofgerichts die vier übrigen Mitglieder des Schwurgerichtshofes, wovon nach §. 45 des neuen Gesetzes wenigstens zwei Mitglieder des Hofgerichts sein müssen, und die beiden anderen aus den richterlichen Beamten der Bezirksämter ernannt werden können. Letzteres sollte namentlich geschehen, wenn die Sitzungen an einem anderen Orte, als am Sitze des Hofgerichts abgehalten werden, um die Reisekosten der Richter zu vermindern. Zu den richterlichen Beamten der Bezirksämter, welche als Richter des Schwurgerichtshofes ernannt werden können, sind nach unserer jetzigen Organisation wohl auch die Amtsvorstände zu rechnen, indem sie nicht nur befugt sind, selbst Criminaluntersuchungen zu führen, sondern ihnen sogar in Criminalsachen das Aufsichtsrecht über die Geschäftsführung der zweiten Beamten zusteht und sie zudem verpflichtet sind, in Verhinderungsfällen der zweiten Beamten die Justizgeschäfte zu besorgen. Jedenfalls ist der Amtsvorstand dann als richterlicher Beamte zu betrachten, wenn er als allei-

---

sequenz für jede Art schwerer Verbrechen wieder eigener Geschworenen bedürfte, weil durch Beiziehung von Sachverständigen in Fällen, in denen es auf teschnische Gesetzespunkte ankömmt, hinreichend geholfen wird, und durch Rekusation es dem Angeklagten möglich gemacht ist, diejenigen zu beseitigen, von denen er nicht die nöthige Beurtheilungskraft der in Frage stehenden Punkte erwarten darf. (I. Commissionsbericht von Mittermaier.) D. E.

niger Beamte auch die Justizgeschäfte besorgt, wie dies bei einigen kleineren Aemtern der Fall ist, ein solcher Beamte kann daher unzweifelhaft zum Mitgliede des Schwurgerichtshofs ernannt werden. Dagegen darf zum Mitglied des Schwurgerichtshofes kein Richter ernannt werden, welcher in der Anklagekammer an der Berathung über die Versetzung in den Anklagestand mitgewirkt hat, indem sonst das Urtheil als **nichtig** angefochten werden könnte.

Gerichtssaal von Jagemann I. S. 84.

Die **Functionen des Schwurgerichtshofes** sind: Er nimmt die Ablehnungsgesuche gegen die Mitglieder des Schwurgerichtshofes an. §. 47 Nach Anhörung des Staatsanwalts und des abgelehnten Richters entscheiden die übrigen Mitglieder über die Ablehnung. Wird der Ablehnung statt gegeben, so zieht in Ermanglung eines Ergänzungsrichters der Schwurgerichtshof ein Mitglied des nächsten Bezirksamtes bei, wenn die Schwurgerichtsverhandlungen an einem anderen Orte als am Sitze des Hofgerichts statt finden. §. 48. Der Schwurgerichtshof erkennt die Strafen des Ausbleibens der Geschworenen, §. 67, er entscheidet über die Entschuldigungsgründe wegen des Nichterscheinens der Geschworenen, §. 69, über die Unfähigkeits- und Ablehnungsgründe der erschienenen Geschworenen §. 71, er verfügt, daß außer der ordentlichen Zahl von Geschworenen (zwölf) noch ein oder zwei weitere gezogen werden, um an die Stelle des einen oder anderen Geschworenen, welcher die Sitzung auszuharren gehindert ist, einzutreten §. 75, er entscheidet darüber, ob ein noch nicht beeidigter Zeuge oder Sachverständiger zu beeidigen ist, §. 93, er setzt die an die Geschworenen zu stellenden Fragen fest und entscheidet über die Bemerkungen der Geschworenen, des Staatsanwaltes und der Angeklagten beziehungsweise deren Vertheidiger gegen die Fragestellung, §. 96, er erkennt überhaupt über die einzelnen vorkommenden Zwischenfragen, insofern diese Entscheidung nicht in der Befugniß des Präsidenten liegt. Der Schwurgerichtshof verfügt, ob aus Gründen der sittlichen Schicklichkeit eine geheime Sitzung zu halten ist, §. 37, 91, er erläßt die in §. 240 der Strafprozeßordnung genannten Erkenntnisse, §. 91 und erläßt nach dem Ausspruch der Geschworenen das verurtheilende Erkenntniß, §. 101, auch gegen **Abwesende**, letzteres jedoch ohne Beizug der Geschworenen, §. 135, oder verweist, wenn das Gericht einstimmig der Ansicht ist, daß die Geschworenen durch die Schuldigerklärung sich in der Hauptsache geirrt haben, die Sache auf die nächstfolgenden Urtheilssitzungen zur wiederholten Verhandlung. §. 135.

Unabhängig von dem Schwurgerichtshof stehen dem **Vorsitzenden** desselben folgende Befugnisse zu: Er läßt dem verhafteten Angeklagten die Liste der einberufenen Haupt- und Ersatzgeschworenen bekannt machen und dem nicht verhafteten auf sein besonderes Verlangen mittheilen, § 65, er kann vor Beginn der Verhandlungen die Angeschuldigten vernehmen, neue Erhebungen anordnen, selbst Zeugen oder Sachverständige vernehmen oder ihre Vernehmung verfügen, §. 88, er nimmt die Ergänzung der Geschworenen vor, wenn in der Sitzung nicht die erforderliche Anzahl von 30 Geschworenen erscheint und läßt die Geschworenen vorladen, §. 72, er eröffnet die Sitzung, beeidigt die Geschworenen, §. 76, leitet die Verhandlungen in der Sitzung, übt die Polizei im Sitzungssaale aus, faßt nach geschlossener Verhandlung den Inhalt derselben in mündlichem Vortrag kurz zusammen, macht die Geschworenen auf die einzelnen Thatsachen und auf die Ergebnisse des Beweises sowie auf ihre Pflichten aufmerksam und macht denselben die vom Gerichtshof festgestellten Fragen bekannt, §. 92—96, er ertheilt die Ermächtigung einem Geschworenen, das Berathungszimmer zu verlassen, oder einem Dritten, z. B. einem Arzt, sich in dasselbe zu begeben, §. 97, er empfängt von dem Obmann der Geschworenen die Fragebogen und läßt denselben durch den Gerichtsschreiber beglaubigen, er eröffnet, wenn das Gericht einen Anstand bei der Beantwortung einzelner Fragen findet, dies den Geschworenen und veranlaßt sie, sich wieder in das Berathungszimmer zurückzuziehen und eine verbesserte Antwort zu geben, §. 100, er fordert nach Verkündung des Wahrspruchs der Geschworenen, wenn dieser Wahrspruch auf Schuldigerklärung lautet, den Staatsanwalt auf, seinen Strafantrag zu stellen, und wenn der Ausspruch der Geschworenen dahin ging, daß der Angeklagte des Verbrechens nicht schuldig sei, verkündet der Gerichtspräsident, ohne weitere Berathung mit dem Gerichtshofe, sofort dessen Freisprechung. §. 101.

Alle weiteren Geschäfte in Bezug auf das Schwurgericht sind **Geschäfte des Hofgerichts***) und nicht des Schwurgerichtshofes, insofern sie nicht dem Präsidenten des Hofgerichts oder der Anklagekammer zugewiesen sind.

---

*) Ueber die Anlegung der Acten vergl. Annalen XVII. S. 17.
D. E.

Unabhängig von dem Hofgericht ernennt der Hofgerichtspräsident die vier ordentlichen Mitglieder des Schwurgerichtshofes, §. 45, sodann im Falle eine Sache mehrtägige Verhandlungen von dem Schwurgericht voraus sehen läßt, einen oder zwei weitere Ergänzungsrichter, §. 46, und ebenso, wenn der Ablehnung eines Richters statt gegeben wird, und kein Ergänzungsrichter vorhanden ist, einen anderen Richter, insofern die Schwurgerichtsverhandlungen am Sitze des Hofgerichts statlfinden. §. 48. Wenn das Hofgericht verfügt, daß eine Schwurgerichtssitzung an einem anderen, als den zum Voraus bestimmten Orten abgehalten werden soll, so veranlaßt der Hofgerichtspräsident die Bezirksstaatsbehörde, aus der Urliste des vom Hofgerichte bestimmten Orts die Liste der Ersatzmänner bilden zu lassen. §. 57. An den Präsidenten werden die Bezirkslisten eingesendet, welcher aus denselben die Kreisliste bilden läßt, §. 58, er läßt solche im Anzeigeblatt bekannt machen, §. 59, nimmt mit dem Vorstande der Kreisregierung und dem dienstältesten Mitgliede des Hofgerichts die Minderung der Kreisliste vor, §. 60, 61, 63, und zieht in öffentlicher Gerichtssitzung 36 Hauptgeschworene und 8 Ersatzmänner. §. 62.

Die Anklagekammer, aus einer besonderen Abtheilung des Hofgerichts von 3 Richtern gebildet, entscheidet über die von dem Staatsanwalt bei ihr gestellten Anträge, ordnet nöthigenfalls eine Vervollständigung der Untersuchung an, erkennt namentlich darüber, ob die Sache an das Schwurgericht zu verweisen sei und läßt die deßfallsigen Beschlusse dem Staatsanwalt und den Angeklagten eröffnen. §. 77—81.

Das Hofgericht besorgt alle anderen Geschäfte, es macht dem Angeklagten die Mitglieder des Schwurgerichtshofes bekannt, §. 47, erkennt über die Ablehnungsgesuche der Geschworenen nach Verkündung der Kreisliste, §. 59, 64, verfügt die Vorladung der Geschworenen, §. 65, läßt durch das Kreisanzeigeblatt bekannt machen, wenn Jemand die Fähigkeit, künftig das Amt eines Geschworenen zu versehen, verliert. §. 67, nimmt die Anklageschrift in Empfang, §. 84, verfügt, welche Zeugen und Sachverständige zur Schlußverhandlung vorzuladen sind, bringt solche in ein Verzeichniß, theilt dieses Verzeichniß nebst der Anklageschrift dem Angeklagten mit der Aufforderung mit, die weiteren Auskunftspersonen, deren Vorladung in die Sitzung er wünsche, so wie den gewählten Vertheidiger zu benennen. Das Hofgericht entspricht der Vorladungsbitte, wenn es die Thatsachen, worüber die bemerkten Personen vernommen werden sollen, erheblich findet. Und wenn der Angeklagte in der bestimmten Frist keinen Vertheidiger benennt, so wird ihm ein solcher von dem Hofgerichte beigegeben. §. 86. Endlich verordnet das Hofgericht, daß die Sache auf die Rolle der nächsten oder der nächstfolgenden Sitzung des Schwurgerichts gesetzt werde. §. 87. Auch hat das Hofgericht die Vorladung beziehungsweise Vorführung des Angeklagten, der Zeugen und der Sachverständigen sowie der Geschworenen in die Sitzung zu verfügen, auch die Urtheilsausfertigungen und Expeditionen sonstiger Beschlüsse*) zu besorgen, eben so die Anordnung des Vollzugs des Urtheils. Alle diese Geschäfte werden von dem Hofgericht in der Versammlung von 3 Mitgliedern vorgenommen, arg. §. 34. Dagegen kann das Hofgericht in einzelnen Fällen auf Antrag des Staatsanwaltes jedoch nur durch Beschluß seines vollen Rathes verfügen, daß Urtheilssitzungen an einem weiteren Orte oder an einem anderen, als dem regelmäßig dazu bestimmten Orte seines Sprengels oder in kürzeren Zwischenräumen als alle 3 Monate abzuhalten seien. §. 89 Und nach beendigten Schwurgerichtssitzungen erläßt das Hofgericht mit 5 Mitgliedern die nachträglich vom Schwurgerichtshof zu gebenden Entscheidungen, wie in den Fällen des §. 23, des §. 69 Abs. 2 des neuen Gesetzes oder nach §. 223 der Strafprozeßordnung. §. 103. Hierher wird auch der Fall des §. 335 Abs. 2 der Strafprozeßordnung zu rechnen sein.

(Fortsetzung folgt.)

*) Nur solche Beschlüsse sind vor dem Schwurgerichtshof auszufertigen zu lassen und von dem Präsidenten zu unterzeichnen, welche nach obiger Ausführung in das Ressort des Schwurgerichtshofes beziehungsweise des Präsidenten gehören. D. E.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. No. 46. Mannheim, 15. November 1851.

I.

Das Schwurgericht.

(Fortsetzung.)

In §. 47, 48 des neuen Gesetzes sind Bestimmungen über die Ablehnung von Mitgliedern des Schwurgerichtshofes enthalten. Hiernach muß das Ablehnungsgesuch vor Beginn der zur Verhandlung der Sache anberaumten Sitzung überreicht, es darf also nicht erst in der öffentlichen Sitzung vorgebracht werden. Und dem Angeklagten werden die Mitglieder des Schwurgerichtshofes drei Tage vor der Verhandlung der ihm betreffenden Strafsache bekannt gemacht. Diese Bekanntmachung hat durch das Hofgericht zu geschehen, da in §. 47 nicht wie im §. 65 vorgeschrieben ist, daß die Bekanntmachung durch den Präsidenten des Schwurgerichtshofes geschehen soll. Auch findet hinsichtlich der Bekanntmachung der Mitglieder des Schwurgerichtshofes kein Unterschied statt, ob der Angeklagte verhaftet ist oder nicht, in beiden Fällen müssen ihm die Mitglieder des Schwurgerichtshofes bekannt gemacht werden und zwar mindestens 3 Tage vor der Verhandlung. Der §. 47 spricht zwar unbedingt von 3 Tagen. Geschieht aber die Bekanntmachung schon früher, so kann dies unmöglich eine Nichtigkeit nach sich ziehen. Und geschieht sie später, so kann wieder von einer Nichtigkeit keine Rede sein,

vergl. Bekk Anmerk. S. 36

dies jedenfalls dann, wenn die Mitglieder des Schwurgerichtshofes nur aus den gewöhnlichen Mitgliedern des Hofgerichtes bestehen, indem diese Mitglieder bekannt sind, der Angeklagte sich somit schon vorher nach etwaigen Ablehnungsgründen erkundigen kann.

Nach §. 47 entscheiden nach Anhörung des Staatsanwaltes und des abgelehnten Richters die übrigen Mitglieder des Schwurgerichtshofes über die Ablehnung. Diese Bestimmung findet auch auf den Schwurgerichtspräsidenten Anwendung, es sind also in dieser Beziehung die Vorschriften in §. 35, 37 der Strafprozeßordnung außer Wirksamkeit gesetzt. Vergl. Annalen XVI., S. 359, 360.

§. 3.

Von den Geschworenenlisten und der Bildung des Schwurgerichts.*)

Tit. VI., §. 49—76.

Vollzugsverordnung vom 7. März d. J., Rggsblt. No. 19.

„Der wichtigste Punkt bei der Einrichtung des Geschworenengerichts ist die Art der Besetzung und die Bildung der Listen der Geschworenen, und zwar der Urliste, der reducirten Dienstliste und der Sitzungsliste. Das Geschworenengericht wird da am besten eingerichtet sein, wenn die Liste so viel verständige, charakterfeste, ebenso von Achtung der bürgerlichen Ordnung und Sicherheit wie der Freiheit der Bürger beseelte Männer enthält, daß die bürgerliche Gesellschaft und jeder Angeklagte die Wahrung ihrer Interessen den Geschworenen anvertrauen können, und daß angenommen werden darf, daß, wenn der Staatsanwalt und der Angeklagte die ihnen zustehenden Rekusationsrechte ausgeübt haben, den nicht recusirten Personen die Vertrauen begründenden Eigenschaften zugetraut werden können."

„In Beziehung auf die Bildung der Urliste kommen zwei Hauptsysteme nach den bestehenden Gesetzgebungen vor: 1) dasjenige, nach welchem alle Staatsbürger, welche ein gewisses Alter erreicht haben und unbescholten sind, auf die Liste gesetzt werden (nach den Gesetzen mehrerer nordamerikanischen Staaten); 2) das-

*) Vergl. Gerichtssaal Jahrgang II., S. 136 ff.

D. E.

jenige, nach welchem nur eine Auswahl der Würdigsten, die den Beruf der Geschworenen am besten erfüllen, auf die Liste kömmt. Das zweite System ist das am meisten in den europäischen Gesetzgebungen, worin Geschworenengerichte vorkommen, anerkannte. In der Ausführung aber ist dies selbst wieder verschieden, je nachdem A) an den Besitz eines gewissen Vermögens die Vermuthung geknüpft wird, daß die Besitzenden am meisten Intelligenz und zugleich Interesse an der Erhaltung der Ordnung haben, oder B) man setzt auf die Liste nur Personen, welche wegen ihrer Stellung im Staate die Vermuthung für sich haben, daß sie die nöthige Intelligenz und das Vertrauen ihrer Mitbürger besitzen (sogenannte Capacitäten) oder C) man verbindet das erste System als das Hauptsystem mit dem zweiten so, daß die Liste aus den wegen ihrer Vermögensgröße Berufenen und aus Anderen besteht, die wegen ihrer Capacität ohne Rücksicht auf Vermögen berufen sind, D) man läßt durch Wahl diejenigen bezeichnen, welche auf die Liste zu setzen sind." (I. Commissionsbericht von Mittermayer, woselbst auch eine Kritik der verschiedenen Systeme enthalten ist.)

In §. 4 des I. Entwurfs von 1848 ist das oben unter C) geschilderte System gewählt und hiefür in den Motiven der Regierung angeführt:

„Wenn zum Amte eines Geschworenen einerseits Charakterfestigkeit und leidenschaftslose Unparteilichkeit, welche nicht nur durch vorgefaßte Ansichten, durch Haß oder Vorliebe beirrt wird, anderseits eine nicht durch gelehrte Studien, sondern durch Anschauung des Lebens gewonnene Erfahrung und Geistesgewandtheit befähiget, so ist es klar, daß dasselbe nicht das Vorrecht des Reichthums oder gewisser Schichten von Staatsangehörigen sein kann, sondern im Allgemeinen jeder Staatsbürger hiezu berufen werden muß, welcher diese Eigenschaften besitzt. Gleichwohl aber lehrt die Erfahrung, daß nicht jeder Staatsbürger schlechthin in die Urliste aufgenommen werden kann, sondern daß das Gesetz gewisse Merkmale angeben muß, bei deren Vorhandensein sich die zu diesem Amte erforderlichen Eigenschaften wenigstens als Regel voraussetzen lassen. Wenn nun der Commissionsbericht entweder die Wählbarkeit in die Ständekammern oder Bekleidung des Amtes eines Bürgermeisters, Gemeinderaths oder Ausschußmitglieds innerhalb der letzten 10 Jahre verlangt, so scheint dieser Vorschlag nach einer Richtung zu kurz, nach der anderen zu weit gegriffen. Die Wählbarkeit in die zweite Kammer setzt ein Steuerkapital von 10,000 fl. oder eine Jahresrente von 1500 fl. voraus, also ein Vermögen, welches auf dem Lande nur sehr selten gefunden wird. Auf der anderen Seite wird nicht leicht ein Ortsbürger gefunden werden, der innerhalb der letzten zehn Jahre nicht mindestens das Amt eines Ausschußmitgliedes versah. Die Mitglieder des Ausschusses als Controle des Gemeinderaths werden überdies nach anderen Rücksichten gewählt, als nach solchen, welche bei der Wahl von Geschworenen leiten müssen; sie bieten daher im Allgemeinen nicht die erforderliche Bürgschaft. Beide Mißstände sucht daher der Entwurf zu beseitigen, indem er einen sehr niederen Steuersatz, der nach Stadt und Land bemessen ist, und daher das Vermögen eines Bürgers zur Grundlage nahm, der, ohne wohlhabend zu sein, doch Mittel besitzt, welche eine sorgfältigere Erziehung voraussetzen lassen. Nebenbei wurden diejenigen gerufen, welche durch die Bekleidung eines Amtes, das eine gewisse Bildung voraussetzt, oder eine Staatsprüfung thatsächlich ihre Befähigung dargelegt haben. Es läßt sich nicht verkennen, daß auch diese Grundlage nicht dem Musterbild einer vollkommenen Geschworenenliste entspricht; aber bei der Unmöglichkeit, solches je zu erreichen, schien sie unter den vorliegenden Verhältnissen immerhin die sicherste und gerechteste."

Von beiden Kammern wurde aber, wiewohl nicht ohne großen Widerspruch, dem oben unter No. 1 erwähnten Systeme beigepflichtet und es sind nach §. 5 des Gesetzes von 1849 zu dem Ehrenamte eines Geschworenen alle badischen Staatsbürger, welche das dreißigste Lebensjahr zurückgelegt haben und unter keine der Ausnahmen der §§. 6 und 7 fallen, berechtiget und verpflichtet. Das neue Gesetz hat dieses System jedoch verlassen und sich dem Systeme des Entwurfs von 1848 genähert, indem nach §. 49 zu dem Ehrenamte eines Geschworenen alle badischen Staatsbürger, welche das dreißigste Lebensjahr zurückgelegt haben, berechtiget und verpflichtet sind, sofern sie

1) entweder das Amt eines Mitgliedes der Ständeversammlung, eines Bürgermeisters oder eines Gemeinderathsmitgliedes bekleiden, oder

2) auf einer Hochschule die Doktorwürde oder eine Staatsprüfung über ein Universitätsstudium oder über ein Fachstudium der polytechnischen Schule bestanden haben, als: Theologen, Juristen, Mediciner, Cameralisten, Philosophen, Philologen (Lehramtspraktikanten), Notare oder Notariatspraktikanten (nach der Verordnung vom 18. Sep-

tember 1849, Reggsblt. No. 62, S. 495), ferner: Architekten, Ingenieure, Forstpraktikanten, Berg- und Hüttenpraktikanten oder Postpraktikanten, ohne Rücksicht darauf, ob sie ein Staatsamt bekleiden oder nicht; — oder sofern sie

3) zwar nicht in eine der beiden ersten Klassen fallen, aber einen jährlichen Betrag von wenigstens 20 fl. an direkter ordentlicher Staatssteuer (d. h. Grund-, Häuser- und Gefällsteuer, Gewerbsteuer, Klassensteuer oder Kapitalsteuer) entrichten.

Es kommt hiebei auf die Zeit der Aufstellung der Liste an, und sind alsdann alle diese Personen, welche in dem Orte ihren Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt haben, ohne Rücksicht darauf, ob sie in einer Gemeinde des Großherzogthums auch das Ortsbürgerrecht haben oder nicht, in die Liste aufzunehmen. §. 3 der Verordnung vom 7. März d. J.

Der Commissionsbericht (erstattet von Trefurt) spricht sich über obige Fähigkeitsgründe zum Geschworenenamt folgend aus:

„Was zunächst die zu fordernde Altersreife angeht, so stimmen alle deutschen Gesetzgebungen darin überein, daß ein Alter von dreißig Jahren angemessen sei. Die Hauptfrage ist hier, ob und in welchem Umfange und in welcher Art die Berechtigung zum Geschworenenamte an gewisse, die Befähigung gewährleistende Bedingungen zu knüpfen sei?

Die großh. Regierung hat sich schon in ihrer Vorlage von 1848 für die bejahende Beantwortung dieser Frage und damit für das System des Census und der sogenannten Capacitäten entschieden; allein die zweite Kammer entschied sich für unbedingte Zulassung aller Staatsbürger und so entstand der § 5 des Gesetzes von 1849, der weder einen Census, noch gewisse Kategorien festsetzt. Thatsache ist nun, daß man bei uns, sowie allerwärts in Deutschland von dem Wahne zurückgekommen ist, als ob die Freiheit und das Glück eines Volkes darauf beruhe, daß Alle zu Allem in gleicher Weise berechtigt seien, und daß neben den Vernünftigen, Selbstständigen und Charakterfesten auch die Unvernünftigen, die Abhängigen und Feigen zur Theilnahme am Regiment und an Schlichtung der wichtigsten Angelegenheiten des Staates berufen werden. Man hat diesen Wahn in allen Staatseinrichtungen glücklich verlassen, so wurde namentlich in dieser Richtung die Gemeindeordnung verbessert, und es versteht sich nun von selbst, daß wir in dem Schwurgerichtsgesetze nicht in die alten Fehler zurückverfallen dürfen. Sehen wir nach auswärtigen Mustern, so steht im Vordergrund Belgien, welches schon im Jahr 1838 die vorher bestandenen Census bedeutend erhöhte. Unter den deutschen Gesetzgebungen geht das großh. hessische Gesetz von 1848 am weitesten, indem es neben den Capacitäten nur die 600 Höchstbesteuerten der Provinz zum Geschworenenamt zuläßt. Aehnlich das hannöv. Gesetz von 1849, welches die 1000 Höchstbesteuerten der Provinz beruft. Nach ihnen verlangt das preuß. Gesetz vom 3. Juni 1849 den höchsten Census, nämlich 18 Thaler Klassensteuer, oder 20 Thaler Grundsteuer, oder 24 Thaler Gewerbsteuer. Das baierische Gesetz von 1848 verlangt 20 fl. direkte Steuer, und nur das würtembergische Gesetz von 1849 begnügt sich mit irgend einer Steuer. Die Commission hält das von der Regierung vorgeschlagene Steuermaaß (20 fl.) für passend, und darf kaum erwähnt werden, daß da, wo die Befähigung zum Geschworenen im Allgemeinen an einen gewissen Besitz geknüpft ist, die gleichzeitige Aufstellung von Capacitäten, d. h., die Aufzählung derjenigen Kategorien von Staatsbürgern, bei welchen auch ohne solchen Besitz die Befähigung zum Geschworenenamt anzunehmen ist, nicht umgangen werden kann.“

Bei der Bildung der Urliste müssen übrigens schon gewisse Personen, die unter keinen Umständen Geschworene sein können, aus der Liste weggelassen werden. In §. 50 des neuen Gesetzes, im Wesentlichen übereinstimmend mit §. 5 des I. Entwurfs von 1848, und §. 6 des Gesetzes von 1849, sind die Gründe der bleibenden Unfähigkeit zum Geschworenenamte angegeben. Diese Ausschließungsgründe rechtfertigen sich selbst. Wem der Staat nicht die Selbstverwaltung seines Vermögens überläßt, wem in Folge begangener Verbrechen die öffentliche Achtung fehlt, endlich wem die nöthige geistige oder körperliche Gesundheit gebricht, dem können die Verrichtungen eines Geschworenen nicht anvertraut werden. (Motive der Regierung.)

Sodann sind in §. 51 des neuen Gesetzes, im Wesentlichen übereinstimmend mit §. 6 des I. Entwurfs von 1848, und §. 7 des Gesetzes von 1849, die Gründe der zeitweisen Unfähigkeit zum Geschworenenamte angeführt. Ist auch der Grundsatz der Zuläßigkeit aller Staatsbürger zu dem Geschworenenamte ohne Rücksicht auf ihren Stand als Regel ganz richtig, so muß er doch nach der Natur unserer bürgerlichen Verhältnisse manigfache Ausnahmen erleiden. Das Amt des Richters muß

von dem Amt des Geschworenen ausschließen, weil grundsätzlich die ganze Einrichtung darauf beruht, daß Richter zu solchen Verrichtungen minder tauglich erscheinen, auch Richter ohne empfindlichen Nachtheil für die Rechtspflege ihrem Beruf nicht entzogen werden können; eben so die obersten Staatsbeamten, als Träger der Staatsgewalt, müssen ausgeschlossen bleiben, wenn nicht an dem Schwurgerichte der Verdacht einer Abhängigkeit haften soll. Darf man auch nicht bezweifeln, daß diese Beamten auch dies Amt mit Gewissenhaftigkeit erfüllen würden, so gewinnt doch das Vertrauen in die neue Einrichtung, wenn sie auch von dem Scheine einer Abhängigkeit rein gehalten wird. (Motive der Regierung.) Alle Beamten, welche in einer Stellung sich befinden, daß ihr Beruf sie selbst zu Verfolgung von Verbrechen verpflichtet oder ihnen das Richteramt überträgt, oder ihnen eine Stelle einräumt, bei welcher die Volksstimme leicht besorgen muß, daß sie einen überwiegenden, der Regierung günstigen, bei politischen Vergehen leicht gefährlichen patriotischen Einfluß auf die Berathung der Geschworenen ausüben könnten, werden besser von der Liste der Geschworenen entfernt, um nicht das nothwendige Vertrauen des Volkes zu dem Ausspruche der Geschworenen zu gefährden. (II. Commissionsbericht von Mittermaier.)

In §. 6 des I. Entwurfs von 1848 waren auch die Geistlichen aller Confession als solche aufgenommen, welche nicht Geschworene werden können. Und es ist in den Motiven der Regierung von 1848 hiezu gesagt: „Der friedliche Beruf eines Geistlichen verträgt sich nicht mit dem Amte eines Geschworenen, welcher über Leben und Tod richtet." Eben so spricht sich der II. Commissionsbericht von Mittermaier dahin aus: „Zu den Personen, welche nicht Geschworene sein können, rechnet der Entwurf mit Recht Geistliche, da ihr Beruf von der Art ist, daß sie in den Kreis der oft auch mit politischen Verhältnissen zusammenhängenden Geschäfte nicht gezogen werden sollen, und sie oft in einen unangenehmen Widerstreit der Pflichten durch Theilnahme an dem Urtheile der Geschworenen versetzt werden könnten." Und der in der ersten Kammer von Obkircher erstattete Commissionsbericht ist dieser kurzen und guten Begründung mit dem Beifügen beigetreten, daß der Ausschluß der Geistlichen von den Verrichtungen eines Geschworenen auch in England, Frankreich und Belgien gesetzlich bestehe. Weder die zweite, noch später die erste Kammer hat jedoch diesen Vorschlag angenommen, sondern ist nach §. 19 des Gesetzes von 1849, wie auch nach §. 64 des neuen Gesetzes den Geistlichen überlassen, die Befreiung vom Dienste eines Geschworenen sogar für immer zu verlangen.

Dies wurde in der zweiten Kammer mit folgendem begründet: „Nach unserer Ansicht muß sich hier der Gesetzgeber die Frage stellen: will er wegen der ihm bekannten Verhältnisse der Geistlichen, wegen ihrer Pflicht gegen die Kirche, wegen der Zartheit ihrer Stellung, wegen der Möglichkeit, daß der Geistliche, wenn er Geschworener wäre, in einen Widerstreit von Pflichten kommen könne, eine absolute Unvereinbarkeit der geistlichen Würde mit dem Dienste der Geschworenen annehmen, oder will er, da nur in manchen Fällen ein solcher Widerstreit vorkommen kann, dadurch eine Ausgleichung von Interessen bewirken und den Verhältnissen Rechnung tragen, daß er den Geistlichen gestattet, den Dienst des Geschworenen abzulehnen? Die Mehrheit der Commission schlägt vor, das Zweite zu thun und auf dem früheren Beschlusse um so mehr zu beharren, als man Männer, die wegen geistiger Fähigkeit und wegen ihres Charakters besonders berufen sein können, als Geschworene zu urtheilen, nicht absolut ausschließen will; denjenigen aber, welche, ihre besonderen Verhältnisse erwägend, z. B. wegen der sonst eintretenden Verletzung der geistlichen Amtsverschwiegenheit, den Dienst ablehnen wollen, die Möglichkeit gegeben wird, als auch manche Geistliche vorkommen, die wegen späterer Stellung, z. B. im Lehrerberufe, geistliche Verrichtungen nicht mehr ausüben und so eine Ausschließung der Geistlichen überhaupt unpassend sein würde. Das neueste königlich sächsische Gesetz über Schwurgerichte, §. 15, das weimarische, §. 49, schließt auch die Geistlichen nicht mehr aus, das baierische Gesetz, §. 76, nur Diejenigen, welche ein geistliches Amt bekleiden oder geistliche Functionen verrichten." (3. Commissionsbericht von Mittermaier.) Und in der 1. Kammer wurde hierüber vorgetragen: „Was die Geistlichen betrifft, so wurden wir zu unserem früheren Ausschlußantrag vorzüglich durch die Betrachtung bewogen, daß, soweit unsere Kenntniß der Volksansichten reicht, durch die Erblickung der Geistlichen auf der Gerichtsbank als Geschworene das Volksgefühl verletzt, und dadurch das Vertrauen auf das Institut der Schwurgerichte gefährdet würde. Ist unsere Kenntniß von den diesfälligen Volksansichten die richtige, so wird der vom Volke gewählte Ausschuß des Kreisamtes (jetzt die Bezirksstaatsbehörde mit der Versammlung von 10 Bürgern) bei Fertigung der Liste die

Geistlichen darin nicht aufnehmen und somit dem von uns befürchteten üblen Eindruck vorbeugen. Befinden wir uns aber über die Volksansichten im Irrthum, so fällt auch der Grund unserer Befürchtung und die Gefährdung des Volksvertrauens durch Besetzung der Gerichtsbank mit Geistlichen hinweg. Werden hiernach die Geistlichen von der Geschworenenliste nicht ausgeschlossen, so wird man ihnen allerdings das Recht der Ablehnung nicht versagen dürfen, und es wäre nach unserer Ansicht nur zu wünschen, daß sie davon keinen kargen Gebrauch machen." (3. Commissionsbericht von Obkircher.)

In England sind auch Offiziere und Advokaten vom Amte der Geschworenen ausgeschlossen und es wurde auch bei uns auf Ausschluß dieser Personen angetragen, dieser Antrag jedoch wegen der Rechtsgleichheit der Stände nicht angenommen.

Die in §. 50 und 51 des neuen Gesetzes genannten Personen dürfen nicht in die Urliste aufgenommen werden. §. 4, 5 der Verordnung vom 7. März dss. J. Geschieht dieses gleichwohl oder tritt der Unfähigkeitsgrund erst nach Feststellung und Absendung der Urliste ein, so fragt es sich, ob und durch wen die aufgenommenen Personen wieder ausgeschlossen oder von der Liste gestrichen werden können? Wird der Unfähigkeitsgrund zur Zeit der Bildung der Bezirksliste oder der Minderung der Kreisliste bekannt, so versteht sich von selbst, daß die unbefähigte Person im ersten Falle von der Bezirksstaatsbehörde mit der in §. 55 erwähnten Versammlung von 10 Bürgern, und im zweiten Falle von dem Hofgerichtspräsidenden mit dem Vorstand der Kreisregierung und dem dienstältesten Mitglied des Hofgerichts ausgeschlossen, d. h. aus der Liste gestrichen werden kann. Aber auch nachher wird dieses geschehen können und zwar jedenfalls bis zu der in §. 62 bestimmten Ziehung der Geschworenen. Es wird nämlich hier die Vorschrift des §. 63 analoge Anwendung finden. Dieser Paragraph spricht freilich nur von der Ablehnung. Was aber von der Ablehnung gilt, muß in noch höherem Grade von der Unfähigkeit gelten. Wird daher der Unfähigkeitsgrund bekannt, oder tritt das Verhältniß ein erst nach der Minderung der Kreisliste, jedoch vor der Loosziehung der Geschworenen, so ist für die ausgeschlossene Person nach §. 60 und 61 noch vor der Ziehung eine andere auszuwählen. Und selbst noch später kann eine unbefähigte Person ausgeschlossen werden. Nach §. 71 sind nämlich die Geschworenen verpflichtet, die Unfähigkeits- und Ablehnungsgründe dem Schwurgerichtshof vor der Verloosung anzuzeigen und nachzuweisen, und berechtiget auf den Grund dieser Nachweisung die Befreiung von dem Dienste als Geschworener zu fordern. Unter den in §. 71 erwähnten Unfähigkeitsgründen sind zwar die Unfähigkeitsgründe des §. 50 und 51 nicht aufgeführt, ex ratione legis wird man aber annehmen dürfen, daß jene Bestimmung auch auf diese Unfähigkeitsgründe sich bezieht. Ebenso muß es aber auch dem Staatsanwalt sowohl, als dem Angeklagten zustehen, jene Unfähigkeitsgründe vor der Verloosung anzuzeigen und nachzuweisen, ohne von der Ablehnung nach §. 78 Gebrauch zu machen. Denn wenn, wie der §. 71, Abs. 3 bestimmt, wegen eines Unfähigkeitsgrundes ein Erkenntniß als nichtig angefochten werden kann, so muß dieser Unfähigkeitsgrund schon früher geltend gemacht, ja selbst von Amtswegen berücksichtigt werden. Erhält daher der Schwurgerichtshof vor der Verloosung ohne Zuthun des Anklägers oder des Angeklagten Kenntniß von einem Unfähigkeitsgrund, so kann der Geschworene von dem Schwurgerichtshof ausgeschlossen werden. Es scheint mir daher die Ansicht

Bekk's in seinen Anmerk. S. 38, 39

nicht ganz richtig, daß nämlich in diesen Fällen nichts übrig bleibe als den Aufgenommenen bei der Ziehung nach §. 73 abzulehnen.

Ist es ein Nichtigkeitsgrund, wenn in die Urliste unbefähigte Personen eingetragen oder befähigte weggelassen werden? Diese Frage ist nach §. 53 zu verneinen, indem hiernach die Urliste zu Jedermanns Einsicht während 14 Tagen auf dem Rathhause aufgelegt und öffentlich bekannt gemacht wird, daß die Liste zur Einsicht bereit liege, und indem jeder Ortseinwohner, welcher zu dem Amte eines Geschworenen befähigt ist, innerhalb jener Frist wegen Uebergehung befähigter oder wegen Eintrags unbefähigter Personen Beschwerde erheben kann. Uebrigens kann, wie oben gezeigt, ein Unfähigkeitsgrund auch noch später geltend gemacht und berücksichtiget, auch sollte den Bürgermeistern zur Pflicht gemacht werden, die erst nach Feststellung der Urliste bekannt gewordene, oder inzwischen eingetretene Unfähigkeit, so wie auch den Tod eines Geschworenen ungesäumt anzuzeigen, andernfalls könnte man, besonders am Ende des Jahres, zu oft veranlaßt sein, auf Ersatzge-

schworene zu greifen, oder gar inzwischen unfähig Gewordene zum Urtheil zu berufen.

Annalen XVI. S. 356.

Die Bestimmung in §. 52, 53, 54 des neuen Gesetzes entspricht der Hauptsache nach der Vorschrift in §. 7, 8 des I. Entwurfs von 1848 und § 8, 9, 10 des Gesetzes von 1849. Nur läßt das neue Gesetz blos die zum Geschworenenamt befähigten Ortseinwohner zur Reclamation gegen die Urliste zu, während durch §. 9 des Gesetzes von 1849 das Recht der Reclamation jedem volljährigen Staatsangehörigen in Bezug auf alle Gemeinden des Landes gegeben war, was offenbar unpraktisch erschien, indem es ohne Zweifel genügt und geeignet ist, nutzlose Weitläufigkeiten abzuschneiden, wenn das Recht der Reclamation nur Denen zusteht, welche unmittelbar dabei betheiligt sind; daß man einerseits ihnen ihr Recht auf das Geschworenenamt nicht schmälere, und andererseits ihnen keine untauglichen Collegen an die Seite setze. Durch das neue Gesetz ist sodann an die Stelle der zur Zeit nicht eingeführten Bezirksausschüsse der Bezirksstaatsbehörde die Erledigung der Reclamation zugewiesen. (Commissionsbericht von Trefurt.)

„Vorzüglich wichtig wird die Anordnung, wie die ursprüngliche Urliste reducirt werden soll. Eine solche Reduction ist nothwendig, weil auf der Urliste leicht Personen sich befinden, die wegen ihrer allgemein bekannten geistigen Beschränktheit, wegen ihres Leichtsinns und übeln Rufs nicht würdig sind, Geschworene zu sein, ihre Belassung auf der Geschworenenliste aber die Folge haben würde, daß, weil der Zufall bewirkt, daß ihre Namen bei der Rekusation nicht zuerst herausgezogen werden, sie unter den übrigbleibenden nicht rekusirten sich befinden, und so die bürgerliche Gesellschaft und der Angeklagte als Geschworene Personen anerkennen müßten, die keines Vertrauens würdig sind. Die Urliste muß daher reducirt und dabei von ungeeigneten Personen gereiniget werden, damit die Uebrigbleibenden die Dienstliste bilden, und damit angenommen werden darf, daß die auf jener Liste befindlichen solche sind, die als würdig des Geschworenenberufs erklärt werden können. Je größer die Urliste ist, und unbeschränkt alle Bürger, oder Diejenigen umfaßt, die auch nur kleinere Steuerbeträge bezahlen, desto strenger muß die Reinigung der Liste geschehen. Von jeher ist aber die Frage, wem die Reduction der Urliste anvertraut werden soll, für eine der schwierigsten gehalten worden. In England ist es der Sheriff, und in mehreren Staaten von Nordamerika sind es die Sheriffs und Friedensmänner, welche die Liste reduciren. Mit Unrecht würde man, wie es zuweilen geschieht, diesen Sheriff mit einem deutschen Regierungsdirektor gleichstellen, da vielmehr in England der Sheriff nur aus drei von dem obersten Gerichtshofe vorgeschlagenen Candidaten von der Königin genommen werden muß, diesem obersten Gerichte verantwortlich und durch das Gericht, welches die Presse übt, so streng controlirt ist, daß ein Mißbrauch des Rechts nicht zu befürchten ist. Anerkannt ist es von allen verständigen Personen in Frankreich, daß die dort geltende Einrichtung, nach welcher der Präfekt die Urliste der Geschworenen reducirt, nicht zu billigen ist. Es ist klar, daß der von der Regierung ganz abhängige Beamte häufig nicht blos unverständige oder nach ihrem Charakter unwürdige, sondern solche Personen von der Liste streicht, deren politische Gesinnung für den Fall politischer Prozesse bedenklich werden könnte und die wahrscheinliche Willfährigkeit einer Person, zu verurtheilen, ein Hauptgrund ist, welcher den Präfekten dazu bestimmt, den Namen auf die Dienstliste zu setzen. Wir geben zwar zu, daß nach sorgfältigen Erkundigungen die in den deutschen Rheinprovinzen an die Stelle der Präfekten oder Unterpräfekten tretenden Beamten bei der Reduktion der Liste nicht jenes politische Streben an den Tag legen, in welchem die französischen Präfekten bei der Reduction der Liste thätig sind; allein dennoch ist es anerkannt, daß das Vertrauen zu den Geschworenen schon vermindert würde, wenn abhängigen Verwaltungsbeamten die Bildung der Liste anvertraut wäre. In Belgien fühlt man die Nachtheile des französischen Systems und schrieb 1838 vor, daß die Reduction der Urliste dem Präsidenten des Apellhofes des Bezirksgerichts und zwei Richtern das Geschäft der Reduction der Geschworenenliste übertragen werden soll; allein schon früh hat mit Recht ein achtungswerther belgischer Schriftsteller (Vischers in der Zeitschrift für ausländische Gesetzgebung X., S. 413) vorhergesagt, was jetzt allgemein in Belgien bestätigt wird, daß die Uebertragung jener Verrichtung an Richterpersonen unpassend ist, weil es unmöglich sein wird, daß die Richter die große Zahl der auf der Urliste Befindlichen genauer kennen, um ihren Charakter und ihre geistigen Eigenschaften würdigen zu können, daher sie an obere und niedere Verwaltungsbeamte sich wenden werden, um die nöthigen Aufklärungen über die Personen zu erlangen, so daß jene Beamte als Rathgeber, die aber nicht hervortreten, ihren Einfluß gel-

tend machen und beliebig unter verschiedenen Vorwänden von der Dienstliste Personen entfernen können, die ihnen nicht gefallen. Ohnehin ist dies Reductionsgeschäft dem Richteramte fremd und selbst die Verbindung gefährlich, weil leicht die Richter versucht werden könnten, nur solche Personen, die am ersten geneigt sind, richterliche Wünsche zu begünstigen, auf die Geschworenenliste zu setzen." (I. Commissionsbericht von Mittermaier.)

Nach §. 9 des I. Entwurfs v. 1848 hat der Amtsrichter unter Berathung einer Anzahl Bürger, die in dem Bezirke am meisten bekannt sind, und worunter wenigstens 4 Bürgermeister sich befinden müssen, aus der Urliste der Geschworenen die zum Amte von Geschworenen geeignetste Personen auszuwählen; während dies nach §. 11 des Gesetzes von 1849 von dem Bezirksausschuß zu geschehen hat, d. h. einer Anzahl von im Voraus bestimmten Bürgern unter dem Vorsitz des Bezirksbeamten. Der Entwurf von 1850 überträgt das Geschäft der ersten Sichtung der Bezirkslisten dem Bezirksbeamten unter Berathung von 10 Bürgern, wovon für Karlsruhe und Mannheim 4 fest bestimmt, die anderen 6, beziehungsweise alle, durch den Bezirksbeamten auszuwählen sind. Die Commission der II. Kammer hatte gegen diese dem Wege der Volkswahl vorzuziehende Ausschußbildung nichts zu erinnern, hielt es aber nicht für passend, daß den Ausschußmitgliedern dabei nur eine berathende Stimme zukomme, glaubte vielmehr, daß ihnen eine entscheidende Stimme um so unbedenklicher eingeräumt werden könne, als sämmtliche Ausschußmitglieder (in Mannheim und Karlsruhe die Mehrzahl derselben) vom Bezirksbeamten selbst ausgewählt werden. Dabei hielt sie aber für angemessen, auch in Karlsruhe und Mannheim die Auswahl der Bürger, mit welchen die Liste aufgestellt werden soll, der Staatsbehörde freizugeben und nur die beiden Bürgermeister fest bestimmt zu lassen. (Commissionsbericht von Trefurt.) In diesem Sinne wurden auch die Verfügungen in §. 55 bis 57 des neuen Gesetzes erlassen, welche sonst den Bestimmungen in §. 9 des I. Entwurfs von 1848 und in §. 13, 14 des Gesetzes von 1849 entsprechen.

Ist es eine Nichtigkeit, wenn die Bezirksliste zu viel oder zu wenig Namen, oder wenn sie Unfähige enthält?

Der erste Fall wird wohl kaum zur Frage kommen, indessen ist dieser Fall doch möglich. Es kann aber nur eine erhebliche Abweichung eine Nichtigkeit bewirken. Nun ist die Bildung der Bezirksliste der endlichen Bestimmung der Geschworenen, welche im einzelnen Falle urtheilen sollen, viel zu ferne und zum anderen erfolgt ja im Laufe eines Jahres jedenfalls ein sehr bedeutender Abgang Verstorbener, Unfähiggewordener (durch Anstellung, Verurtheilung u. s. w.), wozu auch noch die Ablehnungen des §. 64 kommen. — Die Aufnahme von Unfähigen in die Bezirksliste ist gleichfalls keine Nichtigkeit, selbst wenn nach deren Abzug weniger Geschworene übrig bleiben, als nach §. 55 für die Bezirksliste nothwendig sind. Der Aufgenommene wird zwar durch die Aufnahme in die Urliste und Bezirksliste nicht fähig zum Geschworenen, er wird aber durch die Aufnahme in die Urliste fähig zur Aufnahme in die Bezirksliste, was sich aus §. 71 ergibt. — Nimmt die Staatsbehörde mit der Versammlung einen obwohl Fähigen, aber nicht in der Urliste Befindlichen auf, so fragt es sich, ob dies eine Nichtigkeit bewirken würde? Die Frage muß verneint werden, da die Urliste nicht sowohl den Zweck hat, die Staatsbehörde zu beschränken, sondern auf alle Fähige aufmerksam zu machen. Annalen XVI., S. 356. Aber auch die Aufnahme eines nicht in der Urliste befindlichen Unfähigen in die Bezirksliste wird keine Nichtigkeit bewirken, besonders dann, wenn der Bezirksbehörde und der Versammlung der Unfähigkeitsgrund unbekannt war.

Die Bestimmung des §. 58 des neuen Gesetzes über die Bildung der Kreisliste entspricht der Vorschrift des §. 11 des I Entwurfs von 1848 und §. 16 des Gesetzes von 1849. Auch hier wird die Frage, ob es eine Nichtigkeit sei, wenn in die Bezirksliste Unfähige oder solche Personen aufgenommen werden, welche sich weder in der Urliste noch in der Kreisliste befinden? auf gleiche Weise zu beantworten sein, wie bei der Bezirksliste.

Nach §. 15 des Gesetzes von 1849 hat die Bezirksstaatsbehörde die Bezirksliste der Geschworenen durch das Bezirksblatt bekannt zu machen, während nach §. 59 des neuen Gesetzes die Verkündung der Kreisliste in dem Kreisanzeigeblatt durch den Hofgerichtspräsidenten zu geschehen hat. Es wird zweckmäßig sein, bei der öffentlichen Verkündigung die in §. 64 aufgeführten Ablehnungsgründe in dem Ausschreiben ausdrücklich anzugeben, um dadurch verspäteten Ablehnungen und Entschuldigungen zuvorzukommen. Annalen XVI., S. 356.

Die §§. 60 und 61 ordnen eine zweite Sichtung der Geschworenenliste durch den Hofrichter, Kreisdirektor und den ältesten Hofgerichtsrath an. Eine wesentliche Abwei-

chung von dem früheren Gesetz, welches die vom Bezirksausschuß redigirten Listen lediglich zusammenstellen und sofort vor den Hofrichter zur Verloosung bringen ließ. (§. 17 des Gesetzes von 1849.) Das Bedürfniß einer wiederholten Prüfung und Richtung der Geschworenenlisten kann jedoch als durch alle neueren deutschen Gesetzgebungen unbedingt anerkannt erachtet werden. Das Naussauische Gesetz überträgt solche, Art. 41, einem durch die Bürger gewählten Wahlausschuß unter Vorsitz des Bezirksbeamten jedoch mit blos berathender Stimme des letzteren, das Baierische §. 83 dem Landrath, das Hessische §. 45 dem Dirigenten der Regierungscommission, das Preußische §. 68 und das Würtembergische § 74 dem Gerichtspräsidenten. (Commissionsbericht von Trefurt.)

Die Ziehung der Dienstliste geschieht nach §. 62 des neuen Gesetzes (wie nach §. 12 und 13 des I. Entwurfs von 1848 und nach §. 17 und 18 des Gesetzes von 1849) von dem Hofgerichtspräsidenten in öffentlicher Sitzung (jedoch nicht wie nach dem I. Entwurf von 1848 im vollen Rathe des Gerichts) in Gegenwart des Staatsanwalts und zweier beim Gericht angestellten Anwälte, letztere gleichsam als Vertreter der Angeklagten. Der baierische Entwurf §. 17 gestattet die Vornahme der Thätigkeit zur Bildung der Liste durch das Loos nicht in öffenllicher Sitzung vornehmen zu lassen, weil es bedenklich scheinen dürfte, daß die Namen der vor den Assisen thätigen Geschworenen längere Zeit vor Beginn der Sitzungen bekannt werden und dadurch Gelegenheit zu Versuchen geboten würde, Einfluß auf die Ansicht der Geschworenen zu gewinnen. Die Commission der II. Kammer von 1848 schlug aber vor, die auch in Frankreich seit 1827 und im hessischen Entwurf §. 182 vorkommende Vorschrift des badischen Entwurfs anzunehmen, weil die Feierlichkeit durch die Oeffentlichkeit erhöht, und das Vertrauen vermehrt wird, daß mit höchster Gewissenhaftigkeit und Pünktlichkeit verfahren worden. Der in den baierischen Motiven angegebene Grund wurde nicht als maaßgebend angenommen, da auch ohne die Oeffentlichkeit der Sitzung schnell nach der Erfahrung die Namen der Geschworenen, die das Loos für die nächste Sitzung traf, bekannt werden und dann die Besorgniß der Einwirkung auf die Geschworenen ebenso entstehen würde. (II. Commissionsbericht von Mittermaier.) In Gemäßheit des §. 12 des I. Entwurfs von 1848 und §. 17 des Gesetzes von 1849 mußte die Ziehung der Dienstliste wenigstens 14 Tage vor Eröffnung der Urtheilssitzungen geschehen, während in §. 62 des neuen Gesetzes keine Frist bestimmt ist. Offenbar hat aber die Ziehung der Dienstliste nach der Minderung der Kreisliste, welche wenigstens 14 Tage vor Eröffnung jeder Urtheilssitzung vorzunehmen ist, §. 60, und vor der Vorladung der Geschworenen zu geschehen, die mindestens 8 Tage vor Eröffnung der Sitzungen erfolgen muß. §. 65. Wird die Ziehung der Dienstliste nicht mindestens 8 Tage vor Eröffnung der Sitzungen vorgenommen, so kann dieses doch keine Nichtigkeit nach sich ziehen, sondern es sind nur die Geschworenen beim etwaigen Ausbleiben genügend entschuldigt. § 68.

Ebensowenig ist die unitas actus bei der Ziehung eine Bedingung der Gültigkeit, wenn nur bei dem Wiederbeginnen die nöthige Controle eingetreten ist, z. B. Nachzählung der noch in der Urne befindlichen Nummern. Wäre aber in die Urne die Nummer auch nur eines Namens gekommen, welcher sich nicht in den Bezirkslisten und in der Kreisliste befindet, oder wäre auch nur eine Nummer eines Namens der Bezirkslisten oder der Kreisliste nicht in die Urne gekommen, so wäre wohl die ganze Ausloosung nichtig, sonst läge es in der Willkühr des Präsidenten oder des Abschreibers, beliebig eine Person aufzunehmen oder auszuschließen

In die Urne sind alle Nummern der geminderten Kreisliste einzulegen; mit Ausnahme der Nummern der Verstorbenen, der Befreiten, Unfähigen oder Unfähiggewordenen.

Wird übrigens eine solche Nummer, wenn auch wissentlich, gleichwohl in die Urne gelegt, so wird daraus keine Nichtigkeit abgeleitet werden können, weil die Ersatzliste immer einen genügenden Ersatz bietet. Ebensowenig wäre es eine Nichtigkeit, wenn der Präsident einen Gezogenen als todt oder unfähig oder befreit erklärt und beseitiget, der es nicht ist, vorausgesetzt, daß ihm zu dieser Erklärung eine wenigstens scheinbare äußere Veranlassung gegeben war, z. B. es wurde ihm berichtet, daß der und der gestorben sei, diese oder jene infamirende Strafe erlitten habe, es würde sich aber zeigen, daß dies nicht wahr ist.

(Fortsetzung folgt.)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. No. 47. Mannheim, 22. November 1851.

I.

Zur Auslegung des §. 25 des Preßgesetzes. Der auswärtige Verfasser, Redacteur u. s. w. einer Schrift, welche einen sträflichen Angriff gegen das Inland, dessen Behörden oder eine Person im Inlande enthält, kann vor jedem inländischen Untergerichte belangt werden. *)

Der Staatsanwalt bei dem großherzoglichen Hofgerichte des Oberrheinkreises war kürzlich veranlaßt, gegen das zu Aarau erscheinende „Aarauer Tagblatt" und die zu Basel herauskommende „Schweizerische Nationalzeitung" wegen in einigen Nummern dieser Zeitungen verübter Aufreizungen gegen die großh. Staatsregierung, einzelne Staatsbehörden und Stände von Staatsbürgern auf den Grund des §. 631 a. des Str.G.B. (§. 2 des Einführungsgesetzes vom 5. Februar d. J.) einzuschreiten.

Die Anklage mußte, da eine andere nach §. 19 des Preßgesetzes für die betreffenden Artikel haftbare Person nicht bekannt war, gegen die Verleger der genannten Zeitungen, S. Landolt zu Aarau und Buchhändler Schabelitz in Basel, gerichtet werden.

Beide Verleger sind im Auslande wohnende Ausländer, die sträflichen Artikel waren im Auslande gedruckt, eine Verbreitung derselben im Inlande konnte nicht nachgewiesen werden; dessen ungeachtet war bei der Natur der begangenen Vergehen nach der Bestimmung des §. 25 des Preßgesetzes, besagend:

> Auch der auswärtige Verfasser, Redacteur, Verleger und Drucker einer Schrift sträflichen Inhalts kann vor die badischen Gerichte gezogen werden, wenn dieselbe im Inlande verbreitet wurde, oder einen sträflichen Angriff gegen das Inland oder gegen dessen Behörden, oder gegen eine Person im Inlande enthält,

die Verfolgung derselben vor inländischen Gerichten zulässig.

Unter den vorliegenden Verhältnissen war im Inlande kein aus einem besonderen Grunde zur Untersuchung der zu verfolgenden Vergehen zuständiges Gericht aufzufinden, weder nach den Bestimmungen des Preßgesetzes (§. 36, Gericht des begangenen Verbrechens, des Wohnsitzes), noch etwa nach denen der Strafprozeßordnung (Gerichtsstand des Aufenthaltsorts, der Ergreifung, §. 13 der Str.Pr.O.).

Der Staatsanwalt hielt sich jedoch durch den angeführten §. 25 des Pr.G. für berechtigt, abgesehen von dem Vorhandensein eines der bezeichneten Gerichtsstände, die Anklage vor jedem beliebigen inländischen Gerichte zu erheben, das überhaupt zu Untersuchung von durch Civilpersonen begangenen peinlichen Vergehen zuständig ist, und erhob dieselben bei dem dem Wohnorte der Anzuklagenden nahe gelegenen großh. Bezirksamte Lörrach.

Nachdem in beiden Fällen das Verfahren eingeleitet, und auf Ausbleiben der Angeklagten der Rechtsnachtheil des §. 42, 44 des Pr.G. vom Untersuchungsrichter ausgesprochen worden war, erkannte, und zwar in Anklagesachen gegen Buchhändler Schabelitz zu Basel das großh. Hofgericht III. Senat, durch Urtheil vom 13. September d. J. und in Anklagesachen gegen S. Landolt zu Aarau der Schwurgerichtshof durch Urtheil vom 22. Sept. d. J.:

> Es finde die erhobene Anklage vor großh. Bezirksamte Lörrach nicht statt, und habe die großh. Staatskasse die Kosten des Verfahrens zu tragen.

*) Hiermit im engsten Zusammenhange steht die weitere Frage: welcher Staatsanwalt in dem abgehandelten Falle zur gerichtlichen Verfolgung berufen sei? D. R.

Gegen beide Urtheile wurde von dem Staatsanwalte der Recurs ergriffen, und die unten zu erörternde Rechtsfrage liegt zur Zeit großh. Oberhofgerichte zur Entscheidung vor.

Ich lasse von den im Wesentlichen übereinstimmenden Entscheidungsgründen beider Gerichtshöfe, die des großh. Hofgerichts, als diejenigen hier folgen, welche die ausführlichere Begründung der von beiden angenommenen und Widerlegung der vom Staatsanwalte geltend gemachten Ansicht enthalten.

Entscheidungsgründe.

Der großh. Staatsanwalt hat gegen einen im Auslande wohnenden Ausländer wegen zweier in ausländischen Zeitungen erschienenen Artikel eine Anklage bei dem großh. Bezirksamte Lörrach erhoben, jedoch die Zuständigkeit dieses Gerichtes zur Untersuchung des incriminirten Vergehens in keiner Weise begründet, indem in der Anklage weder behauptet wurde, daß das Vergehen im Amtsbezirke Lörrach verübt, insbesondere die angeklagte Druckschrift daselbst verbreitet worden sei, noch nachgewiesen wurde, daß der Angeklagte in jenem Bezirke ergriffen worden, und indem sonach keiner der Fälle vorliegt, welche nach der bestehenden Gesetzgebung die Competenz jenes Gerichts herzustellen vermögen.

Preßgesetz §. 36, Str.P.O. §. 13.

Der großh. Staatsanwalt beruft sich zwar in seiner heutigen Anklagebegründung auf die Bestimmung des §. 25 und insbesondere auf die darin vorkommenden Worte: „kann vor die badischen Gerichte gezogen werden," indem er hieraus den Schluß ableitet, daß in einem Falle wie der vorliegende, jedes badische Gericht angegangen werden kann. Dieser Gesetzauslegung, welche in ihren Consequenzen zu offenbaren Absurditäten führen würde, stehen außerdem folgende Gründe entgegen:

Es ist bekanntlich ein Prinzip des allgemeinen Strafrechts, daß in Beziehung auf einen bestimmten Staat nur von demjenigen ein Verbrechen begangen werden kann, welcher durch die Strafgesetze dieses Staates verpflichtet ist, und daß demzufolge gegen Ausländer wegen der im Auslande begangenen Verbrechen nur die Strafgewalt des Staats der begangenen That begründet ist.

Feuerbach, Strafrecht §. 31 und ibid citt.

Da indeß das Bedürfniß gefühlt wurde, daß bei Verbrechen dieser Art wenigstens dann die Strafgewalt des inländischen Staates eintreten sollte, wenn das Verbrechen gegen diesen Staat oder was dazu gehört, begangen ist, so haben die meisten Landesgesetze in diesem Sinne Bestimmungen aufgestellt, wornach unter gewissen Voraussetzungen ausnahmsweise auch das von einem Ausländer im Auslande verübte Verbrechen der Strafgewalt des betreffenden (inländischen) Staates unterliegt.

Eine solche Bestimmung, und mehr nicht, enthält der §. 30 des alten Preßgesetzes, und es war dieselbe dort um so nothwendiger, als zur Zeit der Erlassung jenes Gesetzes eine Bestimmung, wie sie nun der §. 5 des Str.G B. enthält, in der badischen Gesetzgebung nicht existirte. Wenn nun eine ähnliche Vorschrift in das neue Preßgesetz übertragen wurde, so wollte damit sicherlich nichts anderes ausgedrückt werden, als was schon im alten Preßgesetze festgesetzt war, nämlich daß auch Ausländer unter gewissen Voraussetzungen den badischen Strafgesetzen oder der badischen Strafgewalt unterliegen, und es wurde dabei nur der Zweifel über die Verantwortlichkeit des auswärtigen Verfassers im Falle wo die Verbreitung der Druckschrift, also die Verübung des Verbrechens im Lande von einer andern Person ausging, beseitigt, sondann den ältern Gesetzesvorschriften die neue Bestimmung beigefügt, daß auch Angriffe gegen die Behörde des Inlandes oder gegen Personen, welche zwar nicht Inländer sind, jedoch sich im Inlande, somit unter dem Schutze der badischen Gesetzgebung befinden, der badischen Strafgewalt unterworfen sein sollen. Der Gesetzgeber war aber, wie auch aus den landständischen Verhandlungen erhellt, weit entfernt davon, durch die Bestimmung des §. 25 auch über die dem Strafprozesse angehörige Frage, bei welchem badischen Gerichte, oder daß bei jedem badischen Gerichte die gerichtliche Verfolgung in einem solchen Falle stattfinde, einen Ausspruch zu geben. Eine solche Bestimmung, insbesondere eine Vorschrift der letztern Art, wodurch eine Gerichtszuständigkeit begründet würde, welche vielleicht in keiner Landesgesetzgebung sich findet, und wohl einzig in ihrer Art dastände, hätte der Gesetzgeber, wenn er sie wirklich hätte treffen wollen, niemals mit so zweideutigen Worten gegeben, und in einen Titel des Gesetzes aufgenommen, welcher gar nicht von dem Strafverfahren handelt, sondern lediglich dem Strafrechte angehört; derselbe würde vielmehr, zumal er im Titel vom Prozeß bei Preßvergehen einen eigenen Paragraphen (§. 36) der Competenzfrage gewidmet, und darin einen nach dem frühern Rechte oft erhobenen

Zweifel beseitigt hat, sicherlich jene Bestimmung eben diesem §. einverleibt haben. Eben deßhalb muß aber mit

Bekk, Erläuterungen des Preßgesetzes S. 60

angenommen werden, daß der Gesetzgeber auch bei der Erlassung des neuen Preßgesetzes (wie dies schon bei dem alten Preßgesetz der Fall war, vergl. Bekk in den Annalen der badischen Gerichte Band XI., S. 190, Note *), die Frage über die Gerichtszuständigkeit (insoweit sie nämlich nicht im Preßgesetze behandelt, also nach dem neuen Gesetze, insoweit nicht der §. 36 desselben maaßgebend ist), durch das allgemeine Gesetz über das Strafverfahren (nunmehr die Strafprozeßordnung vom Jahre 1845) entscheiden lassen wollte; so daß also in dem vorwürfigen Falle, wo der Angeklagte im Auslande wohnt, das Verbrechen auch daselbst begangen wurde, nur jenes Gericht als das zuständige erachtet werden kann, in dessen Bezirk die Person des Angeklagten ergriffen wurde, Str.P.Ord., §. 13 und mithin **kein** Badisches Gericht zur Verfolgung berechtigt ist, wenn eine solche Ergreifung nicht stattfand.

Hiergegen läßt sich nicht einwenden, daß dann in vielen Fällen die Bestimmung des §. 25 des Gesetzes illusorisch würde, nämlich nicht zum Vollzuge gebracht werden könnte. Denn einmal ist dies nicht ganz richtig, da ja der Gerichtsstand der Ergreifung Statt findet, zum Andern muß auf diesen Einwand bemerkt werden, daß eben dann, wenn die Ergreifung des Angeklagten nicht möglich ist, die Strafbestimmung des §. 25 dasselbe Schicksal theilt, welches in dem gleichen Fall bei gemeinen, nicht durch die Presse verübten Verbrechen die ähnliche Vorschrift des §. 5 des Str.G.B. trifft, da auch diese Bestimmung wegen Mangels eines zur Verfolgung competenten Gerichts nicht zur Anwendung gebracht werden kann, wenn der im Auslande gegen den badischen Staat sich vergehende Ausländer im Großherzogthum Baden nicht ergriffen wird.

Aus diesen Gründen und in Anbetracht, daß nach §. 1 der Strafprozeßordnung eine Strafe nur auf eine von einem **zuständigen** Gerichte geführte Untersuchung ausgesprochen werden darf, wurde erkannt wie geschehen."

Die hierin entwickelte Ansicht scheint mir unrichtig, und es wird sich aus dem Folgenden ergeben, daß der Ankläger in den Fällen, mindesters in den letzten drei Fällen, des §. 25 des Preßgesetzes berechtigt ist, die Anklage vor **jedem** beliebigen inländischen Gerichte zu erheben.

Dieses Ergebniß liefert schon die grammatische Interpretation, die Auslegung des §. 25 des Pr.G. nach dessen Wortlaut.

Durch die Wahl des Plurals in diesem Satze: „Auch „der auswärtige Verfasser u. s. w. **kann vor die badischen Gerichte** gezogen werden" wird angedeutet, daß dem Ankläger zu Verfolgung seines Rechts eine Mehrzahl von Gerichten zu Gebote steht, daß ihm die Wahl zwischen mehreren Gerichten freisteht.

Durch die Wahl des Ausdrucks: „**kann gezogen werden**" wird versinnlicht, daß der Ankläger das Recht hat, den auswärtigen Verfasser u. s. w. vor ein Gericht zu bringen, das nicht schon an sich und nach allgemeinen Regeln des Strafprozesses zur Einleitung einer Untersuchung wegen des zu verfolgenden Vergehens zuständig ist (in welchem Falle der Gesetzgeber sich des Ausdrucks bedient hätte: „der auswärtige Verfasser kann vor einem inländischen Gerichte **belangt**, vor dasselbe **geladen**, die Anklage kann vor einem solchen erhoben werden), daß er nicht gehalten ist, ihm dahin nachzugehen, wo er wohnt, sich aufhält, ergriffen wird, sein Verbrechen verübt hat, sondern daß der Ankläger befugt ist, von sich aus ein Gericht zu wählen, hierdurch dessen Zuständigkeit zu bestimmen, und den Anzuklagenden, obwohl er und sein Vergehen noch in keiner Verbindung mit diesem Gerichte stehen, vor dasselbe zu bringen, zu **ziehen**.

Daß der Gesetzgeber diese Fassung des Gesetzes nicht etwa nur zufällig, sondern absichtlich und gerade in der Absicht wählte, jenen Gedanken dadurch auszudrücken, ergibt sich daraus, daß dieselbe nicht etwa erst mit dem Preßgesetze vom 15. Februar d. J. entstand, sondern daß ähnliche Bestimmungen früherer Gesetze dieselbe Vorschrift in denselben Worten enthielten.

Der §. 30 des Preßgesetzes vom 28. Dezember 1831 lautete:

> Auch der auswärtige Verfasser, Redacteur, Verleger und Drucker kann **vor die inländischen Gerichte gezogen werden**, wenn eine Schrift gegen das Inland oder gegen einen Inländer einen sträflichen Angriff enthält,

und der Artikel 3 des Gesetzes vom 10. April 1849, die Aufhebung einiger Paragraphen des Preßgesetzes betreffend (Rggsblt. No. XXIII., Seite 215) besagte:

> §. 30. Auch der Verfasser, Redacteur, Verleger

und Drucker solcher Blätter, die außerhalb Badens erscheinen, kann vor die badischen Gerichte gezogen werden, wenn eine Schrift gegen das badische Land oder einen badischen Staatsbürger einen sträflichen Angriff enthält.

Die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe nehmen an, daß der Gesetzgeber, falls er eine so exorbitante und in der Gesetzgebung beispiellose Bestimmung habe erlassen wollen, wie die des §. 25 nach der von dem Staatsanwalte gegebenen Auslegung, er dies nicht in so zweideutigen Worten, wie den dort gewählten, habe ausdrücken können, sondern eine bestimmtere Fassung hätte wählen müssen.

Allein jene Bestimmung ist weder beispiellos, noch konnte der Gesetzgeber voraussetzen, daß seine Ausdrucksweise eine zweideutige sei, da er sie einem andern Gesetze entlehnte, in welchem dieselben Worte gebraucht sind, wie im §. 25 des Pr.Ges., und welchem dieselbe Deutung gegeben wird, die der Staatsanwalt bezüglich des §. 25 des Pr.Ges. geltend machte.

L.R.S. 14 enthält nämlich die Bestimmung:

> Der Fremde, auch wenn er auswärts sich wieder aufhält, kann vor die inländischen Gerichte geladen werden, um Verbindlichkeiten zu erfüllen, die er im Land gegen einen Inländer übernommen hat. Er kann ebenfalls vor inländische Gerichte wegen solcher Verbindlichkeiten gezogen werden, die er in einem fremden Lande gegen einen Inländer eingegangen hat.

Der erste Fall des L.R.S. 14 ist analog dem Falle, da ein Preßvergehen von einem Ausländer im Inlande verübt wird und in diesem Falle wird derselbe vor das zuständige inländische Gericht geladen (cité). Der zweite Fall entspricht den Fällen des §. 25 des Pr.Ges. und in diesen wird, da ein aus bestimmten Gründen zuständiges Gericht nicht existirt, der Beklagte oder Angeklagte von dem Kläger oder Ankläger vor die inländischen Gerichte gezogen (traduit).

Der L.R.S. 14 ist im Großherzogthum Baden durch Verordnung vom 10. Februar 1815 (Reggsbl. No. 2) aufgehoben, wird aber in Frankreich, wo er noch besteht, von der Mehrzahl der juristischen Schriftsteller dahin ausgelegt, daß der Inländer das Recht habe, den Fremden, der im Auslande eine Verbindlichkeit gegen ihn eingegangen, vor jedem beliebigen inländischen Gerichte zu belangen.

> Gilbert, les Codes annotés de Syrey ad art. 14, No. 75, pag. 65.

Andere Ansichten, wornach z. B. Kläger in solchen Fällen die Klage bei seinem eigenen Wohnsitze zu erheben habe, entbehren jedes haltbaren Grundes.

Auch Brauer, in seinen Erläuterungen Bd. 1, S. 83 ff., gibt zu, daß in Frankreich der Art. 14 des Code civil in jener Weise ausgelegt werde, sucht ihm aber S 86 ff. eine andere, sehr gezwungene, offenbar unrichtige Auslegung zu geben.

Auch der oben angeführte §. 30 des alten Pr.Ges. war so ausgelegt worden, wie der §. 25 des neuen von Seiten des Staatsanwalts,

> vergl. Anton Mayer in den Annalen von 1843, XI. Jahrgang S. 100 und die Anmerkung der Redaktion zu jenem Aufsatze,

so daß der Gesetzgeber bei Erlassung des neuen Preßgesetzes um so weniger Grund haben mochte, von der einmal gewählten und hergebrachten Fassung jener gesetzlichen Bestimmung abzugehen.

Die Autorität A. Mayer's und des damaligen Redacteurs der Annalen, Bekk, ist um so gewichtiger, als Beide bei der Berathung und Fassung des neuen Preßgesetzes mitwirkten.

Zu demselben Ergebnisse, welches die grammatische Interpretation liefert, drängt in noch größerem Maaße, die logische.

Das Preßgesetz gestattet in §. 25 unter gewissen Voraussetzungen auch den Verfasser, Redacteur u. s. w. einer Schrift sträflichen Inhalts vor die inländischen Gerichte zu ziehen.

Der nächste Anspruch, den der Ankläger, welcher in die Lage kommt, von dem §. 25 des Pr.Ges. Gebrauch zu machen, an das Gesetz macht, ist wohl der, daß es ihm einen Gerichtsstand gebe, vor dem er sein Recht wirksam verfolgen könne.

Das Preßgesetz enthält, ohne auf die allgemeine Strafprozeßordnung zurückzuweisen, selbstständige Bestimmungen über das Strafverfahren, und in §. 36 insbesondere über die Zuständigkeit des Untersuchungsgerichts.

Es springt aber in die Augen, daß die hier aufgestellten Gerichtsstände für die Fälle des §. 25 des Pr.Ges. nicht genügen, in der Regel gar nicht existiren.

Das Verbrechen wird in diesen Fällen immer im Aus-

lande begangen, der Anzuklagende wird, gerade um die Preßvergehen ungestörter verüben zu können, in der Regel seinen Wohnsitz im Auslande haben, daher weder ein Gericht des begangenen Verbrechens, noch ein solches des Wohnsitzes im Inlande zu finden sein.

Weist man den Ankläger etwa an, den auswärtigen Verfasser u. s. w. vor einem Gerichte zu belangen, in dessen Bezirk die sträfliche Schrift verbreitet, also ein Theil des Preßvergehens verübt wurde, so steht dem entgegen, daß nach §. 24 des Pr.Ges. das Vergehen schon vollendet ist, sobald die sträfliche Schrift in Verkehr gesetzt, nicht erst wann sie auch im Inlande verbreitet ist, und daß daher der Ankläger das Recht haben muß, schon vor der Verbreitung im Inlande einzuschreiten, sodann daß §. 25 des Pr.Ges. zwei Fälle unterscheidet, und nur in dem ersten, wenn eine Druckschrift ein nicht gerade gegen das Inland gerichtetes Vergehen enthält, die Verfolgung des auswärtigen Verfassers vor einem inländischen Gerichte von der Verbreitung der Schrift im Inlande abhängig macht, in dem Falle aber, da das Vergehen gegen das Inland, Behörden oder Personen im Inlande gerichtet ist, die Erhebung der Anklage vor einem inländischen Gerichte sofort nach Vollendung des Verbrechens (§. 24 des Pr.Ges.) und ohne Rücksicht darauf, ob die Schrift auch im Inlande verbreitet wurde, zuläßt. Der §. 36 des Pr.Ges. stellt demnach keinen für die Fälle des §. 25 des Pr.Ges. anwendbaren und zureichenden Gerichtsstand auf, in denen ein Preßvergehen von einer im Auslande wohnenden Person im Auslande begangen wird.

Sollte der Gesetzgeber bei Fassung des §. 36 des Pr.Ges. des Falles nicht gedacht haben, da ein Preßvergehen im Auslande verübt wird, und aus diesem Grunde vergessen haben, einen Gerichtsstand für diesen Fall aufzustellen? Eine solche Gedankenlosigkeit wird man ihm nicht zumuthen dürfen, besonders da ihm ja doch bei Erlassung der Bestimmungen über die Zuständigkeit der Gerichte bezüglich der Verfolgung der Preßvergehen die entsprechenden Bestimmungen der Strafprozeßordnung vorlagen, und in dieser in §. 7 und 13 doch des Falles gedacht ist, da Verbrechen im Auslande begangen werden; und da er ferner oben im §. 25 des Pr.Ges. eben gestattet hatte, daß auch Preßvergehen, obgleich im Auslande verübt, unter Umständen im Inlande verfolgt werden.

Man wird vielmehr folgern müssen, daß der Gesetzgeber deßhalb unterließ, in §. 36 des Pr.Ges. eine Bestimmung für diese Fälle zu geben, weil er sie im §. 25 schon gegeben hatte, weil er dort erklärt hatte, daß die Urheber im Auslande verübter Preßvergehen vor die inländischen Gerichte gezogen, vor jedem inländischen Gerichte belangt werden können.

Der Alternative, daß man entweder die vom Staatsanwalte geltend gemachte Auslegung des §. 25 des Pr.Ges. annehmen oder zugeben muß, daß in der Regel gar kein Gerichtsstand zur Untersuchung der Fälle des §. 25 besteht, suchen die Entscheidungsgründe des großh. Hofgerichts dadurch auszuweichen, daß sie annehmen, das Preßgesetz habe keine umfassenden Bestimmungen über die Gerichtszuständigkeit geben, sondern durch §. 36 des Pr.Ges. eine Controverse des frühern Rechts (über die Frage, ob bei durch die Presse begangenen Ehrenkränkungen das Gericht des begangenen Vergehens oder des Wohnsitzes des Anzuklagenden anzugehen sei) abschneiden gewollt, es hätten daher eventuell die einschlägigen Bestimmungen der Strafprozeßordnung, bezüglich der Vorschrift des §. 25 des Pr.Ges. die des §. 13 der St.P.O. einzutreten, und hiernach bleibe in jenen Fällen dem Ankläger immer mindestens der Gerichtsstand der Ergreifung.

Allein diese Folgerung beruht auf einer offenbar unrichtigen Voraussetzung.

Wenn der Gesetzgeber nicht beabsichtigte, in dem Preßgesetze selbstständige, neben denen der Strafprozeßordnung bestehende, erschöpfende Bestimmungen über die Gerichtszuständigkeit zu geben, durch den §. 36 nur einen bestehenden Zweifel zu beseitigen, so genügte es an dem ersten Absatze dieses §. Wozu aber der zweite Absatz, welcher keine Controverse abschneidet, nicht etwa eine von der Strafprozeßordnung abweichende Bestimmung giebt, sondern die Frage der Zuständigkeit durch Prävention gerade so entscheidet, wie dies die §§. 8, 10, 17 der St.P.O. thun? eine Bestimmung, die, nimmt man die Ansicht des großh. Hofgerichts an, wahrlich überflüssig wäre, und bei Auslegung der Gesetze muß man von der Voraussetzung ausgehen, daß der Gesetzgeber nichts Ueberflüssiges sagt, im vorliegenden Falle, daß er nicht ohne Grund bereits gegebene Bestimmungen Wort für Wort wiederholt.

Mit Unrecht berufen sich die Entscheidungsgründe für jene Ansicht auf

Bekk, Erläuterungen zum Preßgesetze S. 60,

welcher nur sagt, daß der Titel II. der St.P.O. da maaßgebend sei, wo das Preßgesetz nichts Besonderes bestimme.

Der Titel II. der Strafprozeßordnung enthält nämlich noch Bestimmungen, z B. darüber, welche Handlungen ein Zuvorkommen begründen (§. 9), welches Gericht zuständig sei bezüglich während einer Untersuchung begangener Verbrechen (§. 11), für den Fall, da Jemand im In- und Auslande Verbrechen verübte (§. 15), ferner für den Fall, da mehrere Theilnehmer eines Verbrechens wegen in verschiedenen Gerichtsbezirken verübten Handlungen vor Gericht zu ziehen sind (§. 16).

Diese Bestimmungen finden auch bei Preßvergehen Anwendung, weil das Preßgesetz über diese Fragen schweigt, nicht aber auch die Vorschriften der St.P.O. über die Zuständigkeit der Gerichte und das Zuvorkommen, da das Preßgesetz hierüber selbst handelt, und selbstständig entscheidet.

Das Preßgesetz ist demnach, soweit es die Frage der Zuständigkeit behandelt, ein abgeschlossenes Gesetz, der §. 36 bestimmt, welche Gerichte zur Verfolgung der im Inlande, der §. 25, welche zur Verfolgung der im Auslande verübten Preßvergehen zuständig sind, und der §. 13 der St P.O. greift nicht Platz.

Soviel de lege lata!

Stellt man sich einen Augenblick auf den Standpunkt des Gesetzgebers, den er bei der Frage de lege ferenda einnehmen mußte, so war er, wenn er anders den §. 25 des Pr.Ges. nicht nur zu Papier bringen, sondern in das Leben eingreifen lassen, das Inland und die Inländer gegen auf ausländischem Boden verübte Vergehen schützen, diese bestrafen wollte, genöthigt, in den §. 25 die Bestimmung aufzunehmen, welche nach obiger Auslegung darin gefunden wird.

Es konnten ihm für die Fälle des §. 25 des Pr.Ges. unmöglich die gewöhnlichen, durch §. 36 des Pr.Ges. und die Strafprozeßordnung aufgestellten Gerichtsstände genügend erscheinen.

Ich habe schon dargethan, daß in diesen Fällen in der Regel und mit Ausnahme ganz seltener Verhältnisse kein Gericht des begangenen Verbrechens, des Wohnsitzes, des Aufenthaltsorts im Inlande existirt.

Es erübrigt nur der Gerichtsstand der Ergreifung (§ 13 der Str.P.O.) auf den auch die Entscheidungsgründe großh. Hofgerichts den Ankläger verweisen.

Dieser mag bei andern, als durch die Presse begangenen, Verbrechen genügen.

Das im Auslande verübte Vergehen liegt vollendet und abgeschlossen vor, es ist an der That selbst nichts mehr zu verhüten, zu verändern, rückgängig zu machen; es handelt sich nur noch darum, das Verbrechen durch die an dem Thäter zu vollziehende Strafe zu sühnen, und dies mag füglich aufgeschoben bleiben, bis man des Verbrechers habhaft, und so der Vollzug der Strafe möglich wird, und bis zur Ergreifung des Verbrechers mag man auch die Einleitung einer sonst zwecklosen Untersuchung ausgesetzt lassen.

Allein die Preßvergehen sind mit Abfassung, Druck und Ausgabe einer Schrift nicht abgeschlossen, sie hinterlassen bleibende Spuren, Druckschriften, die das Verbrechen durch sich selbst fortsetzen, die es erneuern, so oft sie gelesen werden, und es mußte dem Gesetzgeber daran gelegen sein, abgesehen von der Ergreifung und Bestrafung des Urhebers, das Einschreiten gegen die Druckschrift möglich zu machen, er mußte einen Gerichtsstand hiefür aufstellen, und als solchen konnte er unmöglich den der Ergreifung bezeichnen wollen, da dieser nicht nur aus den schon angegebenen Gründen ungenügend, sondern auch aus den folgenden rein illusorisch ist.

Bei anderen Verbrechen kann jedes Gericht und das betreffende Vollzugspersonal von Amtswegen einschreiten, der Verbrecher kann, sobald er sich im Inlande zeigt, verhaftet werden; die Verfolgung der Preßvergehen und die Verfügung eines Verhafts wegen eines solchen Verbrechens setzt aber voraus, daß eine Anklage erhoben sei. Diese aber kann nicht gestellt werden, bevor ein Gerichtsstand vorhanden ist, die Ergreifung ist bedingt durch die Erhebung der Anklage, und die Anklage durch die Ergreifung, und während Ankläger und Gericht sich so in einem circulus inextricabilis bewegen, kann der Urheber eines im Auslande verübten Preßvergehens ungehindert im Lande umherreisen. Sehr selten wird ein Gericht in der Lage sein, zu wissen, daß der Staatsanwalt oder ein Privatkläger die Erhebung einer Anklage beabsichtigt, den Verbrecher auf den Grund des §. 39 des Pr.Ges. verhaften zu können, und so einen Gerichtsstand der Ergreifung zu begründen.

Hieraus ergibt sich, daß es unmöglich die Absicht des Gesetzgebers sein kann, für die Fälle des §. 25 d. Pr.Ges. die Gerichtsstände des §. 13 der Str.P.O. eintreten zu lassen, sondern daß er, wollte er den §. 25 überhaupt zur Geltung bringen, jedes Untersuchungsgericht des Inlandes für zu Verfolgung der in §. 25 bezeichneten Verbrechen zuständig erklären mußte, und er hat dies auch wie oben nachgewiesen wurde, mit ausdrücklichen Worten

erklärt, bei denen er keine Mißdeutung befürchten konnte, da sie einem frühern Gesetz entlehnt wurden, und ihr Sinn schon vor ihrer Aufnahme in das Preßgesetz durch die Auslegung festgestellt war.

Die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe finden diese Bestimmung exorbitant. Allein sie enthält keine sonderliche Abweichung von ähnlichen gesetzlichen Vorschriften. Der Ausländer, der sich mit Angriffen gegen das Inland beschäftigt, steht doch wohl nicht unter dem Schutze des §. 15 der Verfassung des Großherzogthums. Begeht er ein Verbrechen nicht durch die Presse, so er hat er seinen Gerichtsstand bei dem Gerichte in dessen Bezirk er ergriffen und festgenommen wird; ganz analog hat er bei Preßvergehen seinen Gerichtsstand bei dem Gerichte, vor das der Ankläger die sträfliche Druckschrift bringt.

Zudem ergibt sich aus der Geschichte des §. 25 des Pr.Ges., daß der Gesetzgeber gerade die außerordentliche Bestimmung geben wollte, welche der §. 25 nach richtiger Auslegung enthält.

Die Bestimmungen des §. 30, 31 des früheren Preßgesetzes waren ursprünglich in den §§. 39, 40 des von der Regierung den Ständen vorgelegten Entwurfs jenes Gesetzes enthalten.

Diese §§. 39 und 40 wurden auf den von Duttlinger erstatteten Commissionsbericht von der II. Kammer gestrichen:

„als Vorschriften enthaltend, die mit den allgemein geltenden Grundsätzen über den Gerichtsstand in bürgerlichen, wie in Strafsachen, nicht in Uebereinstimmung stehen.“

Die I. Kammer aber fand

„daß vor allen andern Rücksichten der dem Inlande und dem Inländer zu gewährende Schutz gegen auswärtige Angriffe zu beachten sei, und daß diese an sich so wichtige Rücksicht nach unserer geographischen Lage von besonderer Wichtigkeit sei; daß das Anrufen gerichtlicher Hilfe im Auslande mit großen Kosten und Beschwerden verbunden, dabei von einem zweifelhaften Erfolg sei; daß mit der betreffenden Bestimmung kein Rechtsgrundsatz verletzt werde, da der Ort des verübten Preßvergehens nicht sowohl dort zu suchen sei, wo das Werkzeug zu Verübung des Vergehens thätig war, als vielmehr, wo seine Wirkung sich am meisten und oft ausschließlich zeigt.“

Die beiden §§. wurden sodann wieder hergestellt und in das Gesetz aufgenommen.

Preßgesetz nebst Begründung, Berichten 2c. Karlsruhe bei Groos 1832, S. 44, 116, 132.

Auch bei den dem Gesetze vom 10. April 1849 vorausgegangenen Verhandlungen suchten Mitglieder der Commission der II. Kammer den §. 30 des Pr.Ges. wegen seiner angeblich exorbitanten Bestimmung zu beseitigen, die Mehrheit der Commission hielt aber die Bestimmungen der §§. 30, 31 des Pr.Ges. durch die Erwägung gerechtfertigt:

„daß ausländische Blätter z. B. an der Grenze erscheinend, die Angriffe gegen Baden und badische Staatsbürger sich eigends zur Aufgabe machen würden, und das badische Land außer Stand wäre, gegen die Urheber, falls sich dieselben den badischen Gerichten nicht stellen würden, gerichtlich einzuschreiten. Solche Fälle, so fährt der Commissionsbericht fort, liegen namentlich bei der geographischen Lage Badens nicht außerhalb der Wahrscheinlichkeit; träten sie ein, so befände sich die badische Regierung im Falle der Rothwehr gegen die Urheber einer straflosen und unstrafbaren Verletzung zu jener außerordentlichen Maaßregel (der §§. 30, 31 des Pr.Ges.) zu schreiten.“

Verhandlungen der Ständeversammlung von 1847 —1849 IX. Beilageheft S. 131.

Es gingen dann die §§. 30 und 31 des Pr.Ges. mit Modificationen, deren Hauptzweck war, dieselben mit den „Grundrechten des deutschen Volkes“ in Einklang zu bringen, in den Art. 3 des Gesetzes vom 10 April 1849, und von da, ohne eine besondere Motivirung und ohne eine Discussion in den Kammern zu veranlassen, in das Preßgesetz vom 15. Februar d. J. §§. 25, 26 über.

Hätte man dem §. 30 des Pr.Ges. die vom großh. Hofgerichte angenommene Auslegung gegeben, so konnte man mindestens im Jahr 1849 keine außerordentliche Maaßregel darin finden, da ja in Bezug auf Preßvergehen damals das Strafgesetzbuch durch das provisorische Gesetz vom 1. März 1848 schon eingeführt war, und der §. 5 des St.G.B. bezüglich aller Verbrechen den im §. 30 des Pr.Ges. enthaltenen Grundsatz aussprach, daß sie, wenn auch von einem Ausländer im Auslande begangen, dann nach inländischen Gesetzen zu bestrafen seien, wenn sie gegen das Inland, dessen Behörden, Personen im Inlande gerichtet seien.

Das Außerordentliche und Exorbitante jener Bestimmungen konnte demnach nur in der Aufstellung eines außergewöhnlichen Gerichtsstands liegen.

Hiemit scheint mir nachgewiesen, daß, findet man auch die Vorschrift des §. 25 des Preßgesetzes nach der vom Staatsanwalte gegebenen Auslegung exorbitant, sich aus der Entstehungsgeschichte dieses §. ergibt, daß der Gesetzgeber eben die Erlassung einer außerordentlichen Bestimmung beabsichtigte, weil er kein anderes Mittel sah, den §. 25 des P.G. zur Geltung zu bringen, weil er einsehen mußte, daß die Gerichtsstände des gemeinen Rechts hiezu nicht ausreichten, daher eine von diesem abweichende Bestimmung über die Gerichtszuständigkeit zu geben genöthigt war, und auf die Wahl getrieben, entweder regelmäßig gar kein Gericht für jene Fälle zuständig zu erklären, oder alle, den letztern Ausweg wählte.

Es erübrigt mir noch anzudeuten, von welch großer Wichtigkeit die Auslegung des §. 25 des Pr.Ges. für den ganzen Bestand und Erfolg des Preßgesetzes ist.

Nimmt man die von Großh. Hofgerichte und vom Schwurgerichtshofe gegebene Deutung des §. 25 an, so ist das Großherzogthum in einem halben Jahre von der Zeit ab, da diese Auslegung allgemeinen Eingang findet, von Druckschriften überschwemmt, die von allen möglichen Vergehen angefüllt sein können, ohne daß die Staatsanwälte, Polizeibehörden, Gerichte im Stande sind, dagegen einzuschreiten, ohne daß auch nur die Auslage solcher Schriften in Buchhandlungen und der öffentliche Verkauf derselben verhindert werden kann. Der Weg, den der Verfasser einer Schrift einzuschlagen hat, um zu diesem Ziele zu gelangen, ist einfach folgender:

Er läßt seine Schrift im Auslande drucken und ausgeben, und vollendet also dort das Preßvergehen. §. 24 des Pr.Ges. Von diesem Momente an beginnt der Lauf der Verjährung. §. 27 des Pr.Ges. Er sorgt, was nicht schwierig ist, dafür, daß in den ersten sechs Monaten weder ein Exemplar der Schrift in das Großherzogthum gelangt, noch eine haftbare Person dort ergriffen wird.

So fehlt es während dieser Zeit dem Staatsanwalte oder einem Privatkläger, auch wenn er von der sträflichen Schrift Kunde hat, an einem Gerichtsstande um diese anzugreifen.

Nach Umlauf von sechs Monaten versorgt er alle inländischen Buchhandlungen mit einer beliebigen Anzahl von Exemplaren der Schrift, diese wird ausgelegt, verkauft, verbreitet.

Läßt sich die Staats- oder Polizeibehörde beigehn, einschreiten zu wollen, so wird ihr entgegengehalten, daß das Verbrechen schon länger als sechs Monaten verübt, daher das Recht auf Bestrafung, Beschlagnahme u. s. w. nach §. 27, 15 des Pr.Ges. verjährt sei, und sie muß machtlos und ruhig der weitern und öffentlichen Verbreitung zusehen.

Die Staatsanwälte würden sich dann vergeblich an Verfolgung der im Inlande verübten Preßvergehen abarbeiten, da das Land den Verbrechen, den verbrecherischen Grundsätzen, die im Inlande begangen und gepredigt, wohl verfolgt, bestraft und unterdrückt werden können, gegen das Ausland hin schutzlos preis gegeben wäre.

Legt man dagegen den §. 25 des Pr.Ges. aus, wie von der Staatsbehörde geschehen, so kann die sträfliche Druckschrift sogleich nach ihrem Erscheinen vor Gericht gezogen, es braucht nicht die Ergreifung einer verantwortlichen Person oder die Verbreitung der Schrift im Inlande abgewartet zu werden, und eine Umgehung des Gesetzes auf dem beschriebenen Wege, den der Gesetzgeber vernünftigerweise unmöglich offen lassen konnte, kann nicht, oder nur in sehr seltenen Fällen, stattfinden.

Hiemit glaube ich nachgewiesen zu haben, daß nach einer richtigen grammatischen und logischen Auslegung des §. 25 des Pr.Ges. die Anklage in den Fällen dieses §. mindestens in den drei letzten, vor jedem inländischen Untersuchungsgerichte erhoben werden kann, daß diese Ansicht, und nur diese, zu einer den Absichten des Gesetzgebers entsprechenden, wirksamen Anwendung des Preßgesetzes führt.

v. Freidorf,
Hofgerichtsassessor.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. **No. 48.** **Mannheim**, 29. November **1851.**

I.

Zur Auslegung des §. 25 des Preßgesetzes.

Die im vorigen Blatte erörterten zwei Preßfälle kamen am 17. d. M. zur oberhofgerichtlichen Verhandlung und hatten gleichlautende Entscheidungen zur Folge, von welchen die eine hier mitgetheilt wird.

In der Anklagesache gegen Buchhändler Schabelitz von Basel wurde abändernd erkannt: das hofgerichtliche Urtheil sei aufzuheben, das großherzogliche Bezirksamt Lörrach zur Voruntersuchung auf die bei ihm erhobene Anklage des großh. Staatsanwalts für zuständig zu erklären, und hiernach das großh. Hofgericht des Oberrheinkreises anzuweisen, in der Sache selbst gesetzlicher Ordnung nach rechtliches Erkenntniß zu ertheilen 2c.

Entscheidungsgründe.

Nach Ansicht des §. 25 des Pr.Ges. vom 15. Februar 1851 des wörtlichen Inhalts:

> „Auch der auswärtige Verfasser, Redacteur, Verleger oder Drucker einer Schrift sträflichen Inhalts kann vor die badischen Gerichte gezogen werden, wenn dieselbe im Inlande verbreitet wurde, oder einen sträflichen Angriff gegen das Inland oder gegen dessen Behörden, oder eine Person im Inlande enthält;"

und in Erwägung, daß dieses Gesetz, indem es seinem klaren Wortlaute zufolge im Einklange mit der ähnlichen Verfügung des §. 30 des früheren Preßgesetzes vom Jahre 1831 die strafrechtliche Verfolgung eines im Auslande verübten Preßvergehens gegen die benannten auswärtigen Urheber desselben sogar alsdann, wenn die Druckschrift im Inlande nicht verbreitet wurde, schon unter der Voraussetzung allein, daß solche einen sträflichen Angriff gegen das Inland oder gegen dessen Behörden oder gegen eine Person im Inlande enthält, vor den badischen Gerichten gestattet, ohne deren Zulässigkeit von einer weitern Bedingung abhängig zu machen, eben damit auch den inländischen Gerichten unzweifelhaft die Verbindlichkeit auferlegt, auf die deßfalls von einem hiezu berechtigten Ankläger erhobene Klage unter der angeführten Voraussetzung allein schon das gesetzliche Strafverfahren einzuleiten;

in Erwägung, daß die hier ausgesprochene Verpflichtung der inländischen Gerichte, sofern nicht etwa anderweite gesetzliche Bestimmungen oder hinzukommende besondere Umstände des einzelnen Falles eine ausschließliche oder vorzugsweise Zuständigkeit bestimmter Gerichte begründen sollten, als eine gleichmäßige Obliegenheit sämmtlicher Strafgerichte des Landes anerkannt werden muß, da in dem angeführten Gesetze selbst keinerlei Grund liegt, bei dessen Anwendung zwischen den vielen, unter der angegebenen Voraussetzung überall gleichberechtigten und verpflichteten inländischen Gerichten zu unterscheiden, und sofern auch nur ein einziges Gericht von der allgemein ausgesprochenen Zuständigkeit ausgenommen werden wollte, die gleiche Ausnahme auch allen übrigen Landesgerichten, weil solche schlechthin in der gleichen Lage sich befinden, zugestanden werden müßte, damit aber das gesetzliche Recht des inländischen Anklägers gegen einen auswärtigen Urheber eines im Auslande begangenen Verbrechens geradezu vernichtet werden würde;

in Erwägung, daß in gegenwärtigem Falle weder besondere Thatumstände vorliegen, noch anderweite gesetzliche Bestimmungen über den Gerichtsstand ihre Anwendung finden, aus welchen die ausschließliche Zuständigkeit eines bestimmten Landesgerichts abgeleitet werden könnte, indem nach den Anführungen in der Anklageschrift das angezeigte Preßvergehen im Inlande nicht verübt worden ist, der Angeklagte auch daselbst ebensowenig seinen Wohnsitz oder Aufenthalt hat, noch irgendwo bis jetzt ergriffen

wurde, die gesetzlichen Bestimmungen über den Gerichtsstand in Strafsachen im Allgemeinen sowohl, als in Preßstrafsachen insbesondere aber, namentlich die §§. 7 und 13 der Str.P.O. und §. 36 des Pr.Ges. die ausschließliche Zuständigkeit eines Gerichts überall von dem Dasein des einen oder des andern jener Thatumstände abhängig machen, weßhalb hier jedes inländische Gericht auf die bei ihm erhobene Anklage zur Untersuchung als zuständig erscheint, und zwar das großh. Bezirksamt Lörrach um so mehr, als bei demselben die Anklage nicht nur zuerst von dem großh. Staatsanwalte erhoben, sondern auch richterlicher Beschlag auf das incriminirte Zeitungsblatt erwirkt worden ist.

A. d. Gr. 2c. Bohm.

Anmerkung.

Mit vorstehendem Präjudiz trifft eine Entscheidung zusammen, welche dieser Tage bei dem großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises ergangen ist.

In der Anklagesache des großh. Staatsanwalts gegen J. W. Walser von Birsfelden, wegen Aufreizung zum Hasse und zur Verachtung gegen die großh. Staatsregierung, wurde nämlich von gedachtem Gerichtshofe (I. Sen.) ausgesprochen, daß der § 13 der Str P.O. auf den §. 25 des Pr.Ges. nicht anwendbar, daß vielmehr, wenn eine Verbreitung der sträflichen Druckschrift im Inlande nicht stattgefunden habe, jedes inländische Gericht zur Untersuchung des im Auslande verübten Preßvergehens zuständig sei. D. R.

II.

Oberhofgericht.

Benachtheiligung der Gläubiger durch Handlungen ihres Schuldners.

Was ist zur Anfechtung solcher Handlungen erforderlich? L.R.S. 788 und 1167.

Jahrbücher n. F. X., 201.

Marbe gegen Marbe.

Durch letztwillige Verfügung hatte die ledig verstorbene Auguste Marbe ihre Geschwister zu Erben eingesetzt und der von den Eltern noch lebenden Mutter Caroline Marbe die lebenslängliche Nutznießung am ganzen Vermögen zugedacht. Obgleich nun die letztere nach L.R.S. 749 und 915 ein Viertheil des Nachlasses zu Eigenthum hätte ansprechen können, so erklärte sich dieselbe doch am 17. Februar 1846 mit dem Testamente ihrer Tochter zufrieden.

Nachdem aber unterm 16. Mai 1846 gegen Caroline Marbe die Gant eröffnet worden war, fochten die Gläubiger, statt nach L.R.S. 1166 auf die Nutznießung zu greifen, auf Grund der L.R.S. 788, 882 und 1167 den Act vom 17. Februar 1846 an und erwirkten ein Urtheil des Inhalts:

„Die beklagten Erben seien schuldig, die Theilung nach der vom Gesetz bestimmten Ordnung des Erbrechts unter den gesetzlichen Erben vollziehen zu lassen."

Gegen dieses in zweiter Instanz bestätigte Urtheil ergriffen die Erben der Auguste Marbe das Rechtsmittel der Oberberufung, indem sie unter anderem ausführten:

1) die klägerische Ganmasse habe nicht eine Gefährde der Caroline Marbe, noch weniger eine solche der Beklagten, ja nicht einmal die Thatsache behauptet, daß die Caroline Marbe zur Zeit des fraglichen Anerkenntnisses schon überschuldet gewesen sei;

2) die Anerkennung des Testaments der Auguste Marbe stelle sich nichts weniger als ein freigebiger Act dar, indem die Caroline Marbe durch dasselbe statt ihres Pflichttheils von einem Viertel die Nutznießung der ganzen Erbschaft erhalten, welche, da sie damals erst 43 Jahr alt gewesen, ihren Pflichttheil bedeutend überwogen habe, so daß nicht einmal eine zum Abbruch der Rechte der Gläubiger (au préjudire) und keinenfalls zu ihrer Gefährde (in fraudem) unternommene Handlung vorliege, die doch zur Anfechtung eines belasteten Geschäfts nothwendig wäre.

Hierauf erfolgte am 25. Oktober l. J. in letzter Instanz ein abänderndes Urtheil, wodurch die klagende Gantmasse abgewiesen wurde, weil es der Klage an der thatsächlichen Begründung fehle, indem die allein angeführte Thatsache, daß der Cridarin durch das Testament der ihr gebührende Pflichttheil gegen die lebtägliche Nutznießung an der ganzen Hinterlassenschaft entzogen worden sei, an und für sich noch nicht als eine Benachtheiligung der Gläubiger gelten könne. —

Man dürfte vielleicht noch weiter gehen und sogar behaupten, daß in dem Acte vom 17. Februar 1846 nicht sowohl ein Verzicht auf den Pflichttheil, als vielmehr die Annahme eines denselben überwiegenden Aequivalentes liege, da es kaum zweifelhaft scheint, daß die Erblasserin ihre Mutter vor den Geschwistern begünstigen wollte.

Der L.R.S. 788 setzt aber einen reinen Verzicht voraus, wodurch der Schuldner seine Rechte an einem Nachlaß schlechthin ohne allen Ersatz aufgibt. In einem solchen Falle unterstellt das Gesetz mit Grund, daß der Verzicht zum Nachtheil der Gläubiger geschehen sei, ohne einen besonderen Beweis darüber zu fordern. In concreto hätte aber wohl eine Gefährde, wenigstens auf Seiten der Cridarin, behauptet und nachgewiesen werden müssen, um die Annahme der testamentarischen Verfügung zu beseitigen und den Pflichttheil zur Masse zu ziehen.

Durch obiges Urtheil ist indessen den Gläubigern das Recht nicht benommen, sich aus dem Ertrag der Nutznießung allmälig bezahlt zu machen.

D. R.

III.

Ehescheidung auf wechselseitige Einwilligung.

(Zur Auslegung des L.R.S. 279.)

Die G Morlock'schen Eheleute hatten bereits unterm 19. Juni 1848 ein Gesuch um freiwillige Scheidung eingereicht, welches jedoch durch das am 24. November 1849 oberhofgerichtlich bestätigte Erkenntniß des Hofgerichts verworfen ward.

Hierauf erneuerten die gedachten Eheleute am 13. Mai 1850 ihren Antrag auf Scheidung, welchen das Hofgericht abermals zurückwies, weil die Vorschrift des L.R.S. 279 nicht beachtet worden sei. Dagegen wurde auf den Recurs der Morlock'schen Eheleute durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 30. Oktober l. J ihrem Gesuche statt gegeben.

Die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe enthalten in der fraglichen Beziehung folgendes:

„Was die Vorschrift des L R.S. 279 betrifft, so haben sich die Eheleute hierüber auf die früheren Acten, insbesondere das dort befindliche Vermögensverzeichniß vom Februar 1848 berufen, und es ist am Schluß der öffentlichen Urkunde vom 7. Mai 1850 bemerkt, daß eine Aufnahme des Vermögens nicht mehr stattgefunden habe, weil die Ehegatten erklärten, daß dieß schon früher bei ihrem ersten Gesuche geschehen sei.

Das Gesetz schreibt keine Frist vor, innerhalb welcher vor dem Anbringen des Ehescheidungsgesuchs das Vermögensverzeichniß und die Auseinandersetzung der Vermögensrechte geschehen soll, und es ist daher dem richterlichen Ermessen überlassen, zu prüfen, ob durch den Act vom Februar 1848 dem Gesetze im vorliegenden Falle genügt worden sei? (Vergl. L.R.S. 6k. und L R S. 290.)

Für die Bejahung der Frage spricht der Umstand, daß nach dem Inhalt des Vermögensverzeichnisses und den persönlichen Verhältnissen der Ehegatten eine erhebliche Veränderung des Vermögens der Letzteren in der Zeit vor Errichtung jenes Verzeichnisses bis zur Wiederholung des Ehescheidungsgesuches nicht eingetreten sein kann. Außer unbedeutenden Fahrnissen bestand nämlich das Vermögen der Eheleute lediglich in dem von der Mutter der Ehefrau ererbten Beibringen der letzteren, während seit jener Zeit ein Vermögensanfall von Seiten der Eltern eines der beiden Ehegatten nicht vorgekommen ist. Dazu kommt, daß beide Ehegatten fortwährend getrennt gelebt haben, daß von der Zeit des oberhofgerichtlichen Erkenntnisses vom 24. Nov. 1849 bis zur Wiederholung des Ehescheidungsgesuchs kaum 6 Monate verflossen sind, und daß in dem neuerlichen Berufen der Ehegatten auf das frühere Verzeichniß eine Bestätigung der fortdauernden Richtigkeit des letzteren enthalten ist, während eine Collusion der Ehegatten zum Nachtheil der aus der Ehe erzeugten Kinder in Ermanglung der letzteren nicht unterstellt werden kann. (Vergl. L.R.S. 305.)

A. d. Gr. und nach Ansicht des L.R S. 290 ꝛc.

D. R.

IV.

Miscellen.

1.

Wegen eines zum dritten Mal wiederholten Jagdfrevels wurde durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 18. October l. J. gegen J. Pfotzer auf eine dem Jagdberechtigten zufallende Geldstrafe von 50 fl. erkannt und zugleich ausgesprochen, daß derselben, sofern der Fall des §. 161 des Str.G.B. hier zur Anwendung kommen sollte, eine sechswöchentliche Gefängnißstrafe zu substituiren sei.

Diesen eventuellen Ausspruch vindicirte sich das Recursgericht aus dem Grunde, weil von ihm die Geldstrafe erkannt und bei dem auch für die Verwandlung gegebenen weiten Spielraume des Ermessens nur von ihm

das seiner Intention entsprechende Aequivalent gefunden werden könne.

Die gleichzeitige Verwandlung, wofür unser Strafrecht analoge Normen an die Hand gibt, hat auch offenbar die Zweckmäßigkeit für sich, indem dadurch der Strafvollzug gefördert und eine nochmalige Erwägung des Falles wegen der zu substituirenden Gefängnißstrafe überflüssig wird.

2.

Gegen ein hofgerichtliches Erkenntniß, welches aussprach, daß wegen Unzulänglichkeit des Beweises kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung gegen A. Epple vorhanden sei, hatte der großh. Staatsanwalt die Beschwerdeführung an den höchsten Gerichtshof ergriffen und zwar mit dem Erfolge, daß durch oberhofgerichtliche Verfügung vom 9. Juli l. J. das hofgerichtliche Erkenntniß aufgehoben und die Sache zur weitern Verhandlung und Entscheidung nach Maaßgabe des §. 36 des Gesetzes vom 5. Februar l. J. an das grßh. Hofgericht zurückgewiesen wurde, welches sodann auf den Grund der mündlichen Schlußverhandlung durch Urtheil vom 31. Juli den Inculpaten des ihm zur Last gelegten Diebstahls für schuldig erkannte, ohne daß sich Epple hiergegen beschwerte, indem sein Recurs nur gegen das Strafmaaß gerichtet ward.

3.

In der Untersuchung gegen M. Stöckle wegen Diebstahls war von der hofgerichtlichen Anklagekammer verfügt: daß diese Sache nach §. 35 Abs. 2 des Gesetzes vom 5. Febr l. J. von grßh. Hofgericht zu erledigen sei. Auf Beschwerde des großh. Staatsanwalts wurde jedoch durch oberhofgerichtliches Erkenntniß vom 25. Oct. l. J. nach Ansicht des §. 381 des Str.G.B., sodann des E.G. vom 5. Februar l. J. §. 41 No. 18, §. 80 u. 82 jener Ausspruch der Anklagekammer aufgehoben und die Sache als Versuch eines gefährlichen Diebstahls mit Einbruch vor das Schwurgericht verwiesen, weil nach dem gerichtlichen Augenschein und dem Gutachten der Sachverständigen der fragliche Einbruch (im Innern eines bewohnten Hauses) nur mit Anwendung eines Werkzeugs und kräftiger Anwendung desselben verübt werden konnte.

4.

Ein gewisser Fr. Joos hatte auf den Grund des Gesetzes vom 1. April 1848 Art. 1 (Rggsbltt. No. XXI. S. 90) gegen die bürgerlichen und staatsbürgerlichen Einwohner zu Bruchsal, worunter auch die Mitglieder des dortigen Hofgerichts begriffen sind, eine Entschädigungsklage erhoben und gegen das abweisende Urtheil der ersten Instanz die Appellation an das großh. Hofgericht ergriffen. Dieser Gerichtshof recusirte sich aber wegen Betheiligung sämmtlicher Mitglieder und legte unter Bezugnahme auf §. 52 No. 1, §. 54 und §. 68 No. 2 der Pr.O. die Acten dem obersten Gerichtshofe vor, damit ein anderer Gerichtshof mit Erledigung dieser Sache betraut werde.

Dieser Selbstablehnung wurde, weil bei vorliegender Rechtssache sämmtliche Mitglieder des großh. Hofgerichts unmittelbar persönlich als betheiligt erscheinen, durch oberhofgerichtlichen Plenarbeschluß vom 25. October l. J. statt gegeben und ein anderes Hofgericht mit der weiteren Behandlung dieses Rechtsstreits beauftragt.

D. R.

V.

Steht dem Besteller, dessen Zwischenhändler unter seinem eigenen Namen gekauft hat, ein Klagrecht gegen den Verkäufer zu? H.R.S. 91 ff. L.R.S. 1997.

Das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises hat (Rosenthal gegen Steidel, Urtheil 6. September 1851) diese Frage wenigstens für den Fall, daß der Zwischenhändler kein allgemein bestellter Makler sei (worauf diese Unterscheidung beruhen soll, blieb in den Entscheidungsgründen unerörtert), verneint, „weil der Commissionär, nicht aber der Kommittent zur Klage legitimirt sei.“ Der Gerichtshof scheint es daher für unstatthaft zu halten, daß jemand aus einem und demselben Rechtsgeschäfte mehreren Personen selbstständig verschiedene Rechenschaft schuldig sein könne, und scheint deßhalb in dem Klagrecht des Kommissionärs nothwendig der Ausschluß eines solchen für den Kommittenten zu finden. Allein! wenn man mit Troplong mandat No. 530 bis 532 Abs. 1 annimmt, daß in Handelssachen — abweichend von den sonstigen bürgerlichen Auftragsverhältnissen No. 522, 525, 529 — eine spätere Benennung oder Sichdarstellung des Gewaltgebers die Rechte des Gewalthabers ebenso auf den Gewaltgeber übertrage, als wenn das Geschäft von vorn herein Namens des Letztern abgeschlossen worden wäre, ist der Dritte eben auch nur diesem Rechenschaft schuldig,

obgleich ihm der Gewalthaber noch persönlich verpflichtet bleibt. No. 532, Abs. 2. Troplong beruft sich zur Begründung seiner Ansicht auf eine althergebrachte und allgemeine Handelsübung, wornach der Kommissionär nur ausnahmsweise berechtigt sein soll, den Namen seines Kommittanten zu nennen, und auf den H.R.S. 91, der zu erkennen gebe, daß der Kommissionär in der Regel in eigenem Namen zu handeln habe. Als Grund jener Handelsübung gibt er das Geheimniß an, welches im Handel die Quelle des Erfolgs zu sein pflege.

Fy.

VI.

1. Wenn der Eigenthümer des Bodens, auf den ein Anderer ein Gebäude aufgeführt hat, dieses nach L.R.S. 555 Abs. 3 vom Erbauer erwirbt, haftet er als Besitzer des Gebäudes für die Pfandschulden, welche der Erbauer darauf gelegt hat, und er wird dieser Verbindlichkeit dadurch allein noch nicht frei, daß er die fraglichen Kosten später in die Gantmasse des Erbauers zahlt. L.R.S. 2114, 2182.
2. In dem Beizug dieser Kostenforderung zur Gantmasse liegt für sich allein noch keine Einwilligung des Pfandgläubigers zur Veräußerung des Uebergebäudes. L.R.S 2180 a., 1108 b., 2183.

Busch'scher Armenfond gegen Link, H.G. des Unterrheinkreises III. Senat, 8. Oktober 1851.

Die J. J. Link'schen Eheleute erwarben im Jahr 1833 ein Stück Gartenfeld. Bei der nach Links Tod im Jahr 1836 vorgenommenen Aufnahme und Eventualtheilung des Gemeinschaftvermögens wurde bestimmt, daß die Wittwe und die Kinder einstweilen in ungetheilter Gemeinschaft bleiben sollen. Im Jahr 1839 trat die Wittwe in II. Ehe mit A. Schäßler und während dieser Ehe wurde ein Haus auf jenes Stück Gartenfeld gebaut, und von den Schäßler'schen Eheleuten im Jahr 1844 dem Busch'schen Armenfond für ein Darlehen verpfändet. Nach dem Tode Schäßlers fand im Februar 1847 eine wiederholte Aufnahme und Eventualtheilung des Link'schen Gemeinschaftsvermögens zwischen der Wittwe einerseits und deren Kinder I. Ehe andererseits statt, bei der sich ausdrücklich auf die frühere Verhandlung von 1836 rückbezogen wurde, und nach der nur noch die Liegenschaften in ungetheilter Gemeinschaft bleiben sollten. Zu dieser wurde nun das während der Schäßler'schen Ehe erbaute Haus gezogen und dagegen das Link'sche Gemeinschaftsvermögen mit einer Hausbaukostenschuld von 890 fl. an die Schäßler'sche Gemeinschaft belastet, an welcher nach der Verweisung die Wittwe, weil sie zur Ausgleichung ihres Mehrempfangs einen grösseren Theil der Schuld zahlen mußte, 613 fl. 38 kr. und die Kinder 276 fl. 22 kr. zu zahlen hatten.

Da sich bei der Aufnahme des Schäßler'schen Gemeinschaftsvermögens, als dessen Bestandtheil unter Bezug auf die Link'sche Gemeinschaftstheilung ausdrücklich die vorerwähnte Hausbaukostenersatzforderung von 890 fl. und beziehungsweise 276 fl. 22 kr. aufgeführt wurde, eine Ueberschuldung herausstellte, wurde im März 1847 die Gant gegen Schäßler's Nachlaß erkannt. In dieser Gant wurde nur die ideale Hälfte des fraglichen Gartens oder vielmehr Hausbodens und des Hauses versteigert, und als der liquidirende Busch'sche Armenfond mit seiner Darlehnsforderung Mangels Masse theilweise durchfiel, erhob er gegen die Link'schen Kinder, als Besitzer der anderen idealen Boden- und Haushälfte, eine Pfandklage. Die Beklagten hielten dieser Klage entgegen:

1) Die Verpfändung sei nichtig, weil die Schäßler'schen Eheleute weder die ideale Hälfte der Beklagten an dem Grund und Boden noch jene an dem Haus, wovon die Beklagten zur Hälfte kraft Gesetzes mit der Last des L.R.S. 555 Eigenthümer geworden seien, hätten verpfänden können. L.R.S. 577 bb.
2) Der Kläger habe in die Veräußerung der Haushälfte an die Beklagten ohne Vorbehalt seines Pfandrechts eingewilligt; L.R.S. 2180 a. weil er weder dagegen Einwand erhoben habe, daß nur das halbe Haus zur Versteigerung gebracht, noch dagegen, daß die Baukostenersatzforderung zur Masse gezogen worden sei.

Das Amt Buchen wies den Antrag der Kläger auf Abtretung des den Beklagten gehörigen Grund und Bodens, auf dem das Haus stand, ab, und erklärte die Beklagten für schuldig, die eingeklagte Darlehnsrestforderung zu zahlen oder von dem Uebergebäude abzutreten und das großh. Hofgericht hat dieses Urtheil auf die von den Beklagten hiergegen ergriffenen Berufung bestätigt. Die Gründe des großherzoglichen Hofgerichts sind folgende:

„Durch die geführten Verhandlungen erscheinen folgende Thatsachen als festgestellt:

1) daß dem klagenden Fond von den Andreas Schäßler'schen Eheleuten am 6. Juli 1844 ihr in Langenelz besessenes Wohnhaus neben dem Schulhaus und Amor Link für eine Darlehensforderung von 1000 fl. zu Unterpfand eingesetzt wurde;

2) daß nach dem Tode des Andreas Schäßler im Jahr 1847 zwischen der Wittwe und deren Kindern erster Ehe über den Nachlaß des Vaters der Letzteren, des Lehrers Link, eine Theilungs-Rektifikation stattgefunden hat, in welcher am 4. Februar 1847 eine freiwillige Uebereinkunft zwischen denselben dahin zu Stande kam, daß den Beklagten die Hälfte des fraglichen Wohnhauses (welches ohne deren Einwilligung auf ihren eigenthümlichen Grund und Boden gebaut wurde), um den Preis von 276 fl. 22 kr. als Eigenthum überlassen wurde, so wie daß sie solche noch besitzen;

3) daß in der hierauf gegen den Nachlaß des Andreas Schäßler ausgebrochenen Gant nur die Hälfte des zur Gemeinschaft gehörigen Hauses versteigert, dagegen der erwähnte Preis für die andere Hälfte mit 276 fl. 22 kr. als Activausstand der Masse aufgenommen und nach der Gantverweisung unter die Gläubiger vertheilt wurde;

4) daß der klagende Fond in dieser Gant mit einem Rest von 153 fl. 28 kr. wegen Unzulänglichkeit der Masse nicht befriedigt wurde.

Es steht somit die Thatsache fest, daß die Beklagten die Hälfte eines Wohnhauses eigenthümlich erworben und besitzen, auf welchem das Unterpfandsrecht des klagenden Fonds, zur Zeit der Erwerbung noch ruhte.

Hierdurch und nach L.R.S. 2114, 2166—69, 2182 Abs. 2 stellt sich die erhobene Pfandklage thatsächlich und rechtlich als begründet dar und die aus L.R.S. 555 hergenommenen Einwendungen gegen die Begründetheit dieser Klage erscheinen schon um deswillen als hinfällig, weil jeder Besitzer einer verpfändeten Liegenschaft für alle Unterpfandsschulden verhaftet ist, er mag solche durch Kauf, Erbschaft u. s. w. oder aber durch Bezahlung des Werths des Werkstoffes und des Arbeitlohns nach L.R.S. 555 erworben haben.

Eben so stellt sich der Einwand, daß die Hälfte des fraglichen Wohnhauses dadurch vom Unterpfand befreit worden sei, daß der klagende Fond zur Veräußerung desselben an die Beklagten seine Einwilligung ertheilt habe (L.R.S. 2180 a.), als unbegründet dar.

Denn daß der klagende Fond bei der erwähnten Rektifikation vom 4. Februar 1847 mitgewirkt, oder daß derselbe zur Ueberlassung der fraglichen Hälfte des Hauses um den Preis von 276 fl. 22 kr. ausdrücklich seine Zustimmung gegeben habe, ist von den Beklagten nicht behauptet; eine stillschweigende Einwilligung aber hiezu (L.R.S. 1108 a.) ist aus den angerufenen Gantacten überall nicht zu entnehmen. Aus diesen geht nämlich nur so viel hervor, daß die erwähnten 276 fl. 22 kr. als Masseschuld der Beklagten und zwar

„als Hausbaukosten nach vorliegender Theilungsrektifikation"

unter den Ausständen der Masse aufgeführt, und daß nach der Vertheilungsberechnung das zu vertheilende Massevermögen 1193 fl. 55 kr. betrug, unter welcher Summe die fraglichen 276 fl. 22 kr. begriffen sind. Wenn nun auch, was nicht einmal behauptet ist, bei Eröffnung des Vermögensstandes und der Vertheilung der klagende Fond von der Ueberlassung der Hälfte des Hauses an die Beklagten Kenntniß erhalten haben sollte, so kann hierin doch überall eine genügende Einwilligung in den fraglichen Verkauf des Unterpfands nicht gefunden werden, indem dem klagenden Fond es gleichgültig sein konnte, wer Besitzer seines Unterpfands ist, an welches er sich, vermöge der Untheilbarkeit seines Unterpfandsrechts, jeder Zeit zu halten berechtigt ist und die Beklagten durch Zahlung ihres Kaufpreises lediglich ihre Vertragsverbindlichkeit erfüllten, damit aber die Befreiung ihres Hausantheils von der darauf ruhenden Pfandlast, zumal sie auch nicht behaupten konnten, das in L.R.S. 2183 vorgeschriebene Verfahren eingehalten zu haben, nicht erwirken konnten.

Fy.

VII.

Von wann an läuft dem Fiscus gegen Theilnehmer am Hochverrathe die Frist des L.R.S. 1167 a.?

Es ist allerdings richtig, daß die Entschädigungsverbindlichkeit aus der Theilnahme am Hochverrath nach L.R.S. 1382 mit Verübung dieses Verbrechens und nicht erst durch die strafrechtliche Verurtheilung entsteht, bei welcher die Entschädigungspflicht nur ausgesprochen wird. Allein während der Verbrecher schon vor seiner Verurtheilung sich seines Vergehens bewußt sein muß, und

in diesem Bewußtsein sich veranlaßt sehen kann, sein Vermögen durch den verabredeten Zugriff scheinbarer Gläubiger dem drohenden Zugriff des beschädigten Fiskus zu entziehen, so ist das Verbrechen des Hochverraths, aus welchem der Entschädigungsanspruch des Fiskus entsprang, der Art, daß dieser Beschädigte nicht wohl alsbald nach Bekämpfung des Hochverraths sämmtliche einzelne Theilnehmer an demselben kennen mußte, also Anlaß haben konnte, gegen jeden Einzelnen derselben sofort auf der Hut zu sein. Bei der Verschiedenheit des Erfolgs der in Masse wegen Hochverraths eingeleiteten Untersuchungen erhält vielmehr der Beschädigte erst durch das den Einzelnen verurtheilende Erkenntniß Gewißheit darüber, daß er Gläubiger desselben sei und erst von da an kann man dem Fiscus zumuthen, gegen Beeinträchtigungen seines Entschädigungsanspruchs sich durch Vorsicht zu wahren; erst von da an also wird man das Jahr des L.R.S. 1167a. rechnen können, auch wenn der Verurtheilte schon früher im gerichtlichen oder außergerichtlichen Verkehr mit Dritten sein Vermögen verringert hat.

Nach dieser Ansicht wurde von großh. Hofgericht des Unterrheinkreises (III. Sen.) bei der Anfechtung von Liquiderkenntnissen entschieden, welche im September 1849 gegen L., einen erst im Frühjahr 1850 wegen Theilnahme am Hochverrath Verurtheilten von Verwandten desselben für Darlehen erwirkt worden waren, welche dann erst im October 1850 vom großh. Fiscus als Scheingeschäft angefochten wurden.

In den Entscheidungsgründen zum Beweiserkenntnisse wurde nämlich bezüglich der, den Anfechtsklagen des großh. Fiscus entgegengehaltenen Einrede der Verjährung des L.R.S. 1167a. angeführt:

„Die in L.R.S. 1167a. gegebene, obwohl sehr kurze vom französischen Recht abweichende Frist ist streng zu nehmen; es würde daher die Rücksicht, daß bei der Oeffentlichkeit unseres Verfahrens und besonders unserer Unterpfandsbücher der Gläubiger mit gehöriger Fürsorge immerhin im Stande ist, sich zeitig Kenntniß von Vorgängen der fraglichen Art zu verschaffen, allerdings wohl von erheblichem Gewicht sein. Allein im vorliegenden Fall muß zu Gunsten des klagenden Fiscus in Betracht kommen, daß das fragliche Strafurtheil erst im Frühjahr 1850 erfolgte. So lange kein Urtheil ergangen war, lag die Schuld und Ersatzpflicht des L. noch im Zweifel und es kann hiernach, zumal bei der so großen Zahl der wegen Hochverraths in Untersuchung gezogenen Personen der Kl. Staatscasse billiger Weise nicht zugemuthet werden, schon vorher, ehe die Schuld und Ersatzpflicht festgestellt war, Nachforschungen so specieller Art in Bezug auf das Vermögen einzelner blos verdächtiger Personen anzustellen, vielmehr war erst durch das ergangene Straferkenntniß hierfür genügender Anlaß gegeben; wogegen der Angeschuldigte seinerseits allerdings schon früher sich seiner Schuld und Ersatzpflicht bewußt sein mußte."

Stempf.

VIII.

Aus dem Gantprozeß.

1) Die frühere Streitfrage über die Auslegung des L.R.S 2218 b., ob nämlich die Gläubiger 2r Ordnung vor oder mit den Gläubigern 3r Ordnung nach Verhältniß zu den Forderungen der ersten Klasse beitragen müssen,

Brauer, IV. S 269. 270; Z.B. V. S. 117. 118. Note; Archiv II S. 273—279.
— V. S. 631., vgl. Annalen VII. S. 230. Note; Archiv III. S. 316—322.
Trefurt, §. 425. 426. Bekk, Commissions-Ber. zu § 915 Pr.O.

ist nun in §. 863 Pr.O. dahin entschieden, daß beide Ordnungen hiezu mit einander beitragen.

2) Durch denselben §. 863 Pr.O. ist die Bestimmung des L.R.S 2218b. (wonach Gläubiger, deren Forderungen auf verschiedenen Liegenschaften nebeneinander versichert sind, den für die erste Klasse nöthigen Abzug alle nach Verhältniß sich gefallen lassen müssen), durch die ausdrückliche Bestimmung ergänzt:

„Haben mehrere Gläubiger auf ein und denselben Gegenstand Vorrechte verschiedenen Ranges, so wird der Beitrag zunächst denjenigen abgezogen, deren Vorzugs- oder Unterpfandsrechte jenen der Uebrigen nachstehen."

Vergl. L.R.S. 2218a.
2105, 2134.
§. 26 II. E.E.
Bekk, Commissionsbericht zu §. 915.
Annalen VII., S. 230, 231.

3) Wie soll aber dieses Beitragsverhältniß der in dritter Ordnung zur Befriedigung kommenden Gläubiger in einem Falle ermittelt werden, wo ein um einen Ge-

sammtpreis verwerthetes Gut des Gemeinschuldners auf zwei Gemarkungen liegt und einzelnen Gläubigern theils einzelne, theils sämmtliche Güter in beiden Gemarkungen anderen aber sämmtliche oder einzelne Liegenschaften des Guts auf einer oder der andern Gemarkung verpfändet sind?

Wenn nämlich auch der Hypothekar-, sowie die jeweils zuerst an die Reihe kommenden allgemeinen Unterpfandsgläubiger, für sich betrachtet, ihre Befriedigung von dem Erlöse aus der Gesammtheit der ihnen verpfändeten Liegenschaften, ohne Rücksicht auf die Zahl derselben und auf Gemarkungsverschiedenheit schöpfen, §. 862 Pr.O., so muß doch ermittelt werden, wie viel

a) zur Befriedigung der auf Liegenschaften in beiden Gemarkungen früher versicherten Gläubiger von dem Erlös aus den Liegenschaften einer jeden Gemarkung verwendet worden sei,

b) sonach für die nur auf Liegenschaften der einen oder andern Gemarkung später versicherten Gläubiger von dem Erlös aus den Liegenschaften dieser Gemarkung erübrige?

Es muß somit das Verhältniß festgestellt werden, nach welchem zur Befriedigung der, Andern vorgehenden, Gläubiger der Erlös aus den Liegenschaften der einen und der andern Gemarkung als verwendet anzusehen ist. Dieses Verhältniß kann aber nur nach dem Betrag des auf jeder Gemarkung erzielten Erlöses zu dem Betrag der darauf gesicherten Verbindlichkeiten bemessen —

vergl. §. 862 Pr.O. und

L.R.S. 2114, 2093, 2147, 2218 a. 5.

muß also durch Schätzung gefunden werden.

Stempf.

IX.

Beschwerdeführung der Anwälte gegen Deservitenstriche.

Nach der jetzigen Fassung des §. 1199 Pr.O. ist den Anwälten die Beschwerdeführung gegen den Strich von Deserviten nicht als ein processualisches Rechtsmittel eingeräumt; denn weder unter Ziffer 4 noch unter Ziffer 6 läßt sich der Strich von Deservitenansätzen einreihen.

Gegen ungerechtfertigte Ermäßigungen ihrer Gebührenansätze müssen aber die Anwälte doch Hilfe suchen und sich verschaffen können, da das Gesetz in

§. 156 Pr.O.

ihnen die taxordnungsmäßige Belohnung garantirt.

Allein auch in der Obergerichts- und in der Tax-Ordnung finden sich keine Bestimmungen hierüber. *)

Wenn man nun das Recht, gegen Deservitenstriche Abhilfe zu suchen, den Anwälten nicht ganz und gar absprechen will, kann man es ihnen hiernach nur auf dem Disciplinarweg einräumen; das Recht zur Decretur beruht nämlich auf dem Aufsichtsrecht des Gerichts **); gegen Verletzungen durch die Decretur kann also wohl der Anwalt bei der höhern Aufsichtsbehörde Schutz suchen. Betrachtet und behandelt man aber solche Beschwerdeführungen der Anwälte als Disciplinarsachen, so kann

a) in dem Falle, wo die geführte Beschwerde als ungegründet verworfen wird, die Sportel des Art. 5 Ziff. 6 des Sportelgesetzes nicht angesetzt;

b) ebensowenig aber von dem beschwerdeführenden Anwalt in dem Fall, wo seine Beschwerde gegründet gefunden wird, für die Beschwerdeschrift eine Gebühr in Anspruch genommen werden; ***) vergl. Annalen X. (1842) No. 24 II., No. 25 I., S. 172—176.

Stempf.

---

*) §. 234 der Obergerichtsordnung enthält nur Bestimmungen über das Verfahren bezüglich der Decretur bei den Obergerichten.

**) Vergl. §. 237 O.G.O.

***) Bekk in der Note *) S. 175 der Annalen von 1842 No. 25 scheint anderer Ansicht zu sein und die Kosten der begründet erfundenen Beschwerde zu den Decreturkosten zu rechnen.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. No. 49. Mannheim, 6. Dezember 1851.

I.

Das Schwurgericht.

(Fortsetzung von No. 45 und 46.)

In diesen Fällen wird es jedenfalls zweckmäßig sein, sowohl den Staatsanwalt als die beiden Anwälte hierüber zu hören, sie zur Erklärung zu veranlassen, einen bestimmten Ausspruch hierüber zu geben und Alles dies natürlich protokolliren zu lassen. Fällt bei der Ziehung wirklich eine Nichtigkeit vor, so ist dieselbe sogleich zu wiederholen. Wie aber, wenn die Nichtigkeit im Zweifel liegt? Könnte dann ein Verurtheilter nicht in jedem Fall, es mag eine neue Ziehung vorgenommen worden sein oder nicht, das Urtheil angreifen, entweder, weil die und die Handlung nichtig ist, und dennoch keine Ziehung vorgenommen worden sei, oder weil die und die Handlung, welche nicht nichtig war, vom Hofgerichtspräsidenten (mit Unrecht) als nichtig behandelt worden und ihm andere Geschworene durch die zweite Ziehung gegeben worden seien, als die erste ergab? Das Sichere wird immer eine neue Ziehung sein, besonders wenn die darüber zu vernehmenden Betheiligten (Staatsanwalt und zwei Anwälte) gleichfalls darauf antragen, denn es möchte sich schwerlich eine Nichtigkeitsbeschwerde darauf gründen lassen, daß der Präsident eine zweite Ziehung vorgenommen habe, wenn er die erste für nichtig ansah, selbst wenn er hiebei von einer unrichtigen Ansicht ausgegangen wäre. Annalen XVI., S. 257, 258.

Wenn in einem Hofgerichtsbezirke an mehreren Orten Schwurgerichtssitzungen gehalten werden, so sind nach § 62 Abs. 2 für jede derselben die Geschworenen besonders zu ziehen und zwar nach der Ansicht

Bekk's in den Anmerk. S. 42

aus der nämlichen reducirten Kreisliste, so daß ein und derselbe Geschworene an verschiedenen Orten mitzuwirken haben könne. Die Richtigkeit dieser Ansicht wird von

Zentner in den Annalen XVIII., S. 137, 138

in Zweifel gezogen und es wird daselbst als die einfachste und richtigste Verfahrungsweise die vorgeschlagen, daß entweder in einem Akt zuerst die erforderliche Zahl von Geschworenen für den einen Assisenort und sodann aus dem Rest der 100 dieselbe Zahl für den andern Ort das Loos gezogen wird. Unstreitig verdient aber die erste Meinung den Vorzug, indem, wie sich aus §. 62 unzweifelhaft ergibt, für jede Schwurgerichtssitzung 36 Geschworene aus der engeren Liste, somit aus der vollen Zahl von 100 gezogen werden müssen. Hiezu kommt aber noch, daß in den Fällen, wo an mehreren Orten Schwurgerichtssitzungen abgehalten werden, die Zahl 100 nicht genügen würde, um für jeden Assisenort besondere Geschworene zu erhalten. Eine nach der zweiten Meinung vorgenommene Ziehung wäre also unfehlbar eine nichtige.

In §. 64 des neuen Gesetzes, zum Theil mit §. 19 des Gesetzes von 1849 übereinstimmend, sind die Gründe angegeben, aus welchen ein Geschworener Befreiung von der Verpflichtung als Geschworener verlangen kann.

Von den einzelnen Befreiungsgründen geben nur folgende zu Bemerkungen Veranlassung:

Die in No. 2 des §. 64 nach dem Vorbild des französischen Entwurfs vom 25. Mai 1848 Art. 4 aufgenommene Bestimmung hat ihren Grund in der Vorschrift des §. 66 des neuen und §. 47 des alten Gesetzes, wornach die Geschworenen nur für die Hin- und Rückreise nicht aber auch für den Aufenthalt Vergütung erhalten. Das Zeugniß des Gemeinderaths über die Unzulänglichkeit des Einkommens eines Geschworenen wird nach Vorschrift des §. 41 der Gemeindeordnung beschaffen sein müssen.

Unter den in No. 4 des 64 genannten Staatsbe-

amten sind nur die mit Staatsdienereigenschaft angestellten nicht aber alle öffentlichen Diener sowie auch nicht standesherrliche oder grundherrliche Diener zu verstehen. Uebrigens können öfters niedere öffentliche Diener, wie z. B. Accisoren, vom Dienste selbst auf kurze Zeit weniger leicht abkommen als höherer Staatsbeamte. Es sollte daher die Bestimmung in §. 64 No. 4 auch auf andere öffentliche Diener generalisirt werden.

Ebenso sollten auch Aerzte, die meistentheils ebenso unentbehrlich sind als Apotheker, vom Dienste eines Geschworenen befreit werden können. Es wurde dies auch in dem I. Commissionsbericht von Mittermaier vorgeschlagen, jedoch wie es scheint aus Versehen dieser Befreiungsgrund nicht in das Gesetz aufgenommen. *)

Ueber die Befreiungsgesuche entscheidet das Hofgericht, was nach §. 59 keinem Zweifel unterliegen kann, indem hiernach die Ablehnungsgründe mit den nöthigen Nachweisungen dem Hofgericht anzuzeigen sind. Diese Entscheidungen ergehen, wie oben (§. 2) erwähnt, in der Versammlung von 3 Mitgliedern und es wird gegen die Verwerfung der Ablehnungsgesuche nach Analogie des §. 69, 103 des neuen Gesetzes, sowie nach §. 296 der Strafprozeßordnung die Beschwerdeführung an das Oberhofgericht zulässig sein.

Die Bestimmung in §. 65 über die Vorladung der Geschworenen entspricht dem, was der §. 15 des I. Entwurfs von 1848 und §. 20 des Gesetzes von 1849 vorgeschrieben hat. „Die rechtzeitige Eröffnung an die Geschworenen, daß sie das Loos getroffen habe, ist nothwendig, damit Jeder, der zum Dienste des Geschworenen gerufen ist, auch gehörig seine Einrichtungen treffen kann, um an den Sitzungsort sich begeben zu können." (II. Commissionsbericht von Mittermaier.) Es muß daher die Vorladung mindestens 8 Tage vor Eröffnung der Sitzung geschehen und zwar durch das Hofgericht, da dies Geschäft weder dem Präsidenten des Hofgerichts noch dem Präsidenten des Schwurgerichtshofes zugewiesen ist. Geschieht aber die Vorladung nicht mindestens 8 Tage vor dem Anfang der Sitzung, sondern erst später, so zieht dies keine Nichtigkeit nach sich, sondern es sind, wie schon angeführt, die Geschworenen beim etwaigen Ausbleiben nur genügend entschuldiget.

„Auch bedürfte es einer Bestimmung über die Zeit, in welcher die Mittheilung der Liste der Geschworenen an den Angeklagten geschehen muß. Der Code d'instruction Art. 394 bestimmt, daß dies den Tag vor dem zur Sitzung bestimmten Tage geschehen muß und zwar, nicht früher und nicht später, bei Strafe der Nichtigkeit. Als Grund wurde in den Staatsrathsverhandlungen angegeben, daß sonst die Geschworenen der Täuschung oder Versuchung zuviel ausgesetzt sein würden. Mit Recht ist diese Vorschrift in Frankreich oft sehr scharf getadelt worden. Es zeigt ein geringes Vertrauen auf die Ehrenhaftigkeit der Geschworenen, wenn man glaubt, daß sie so leicht verführt werden können, es steht selbst mit allen Lebensverhältnissen im Widerspruche, wenn man meint, daß der Angeklagte oder seine Freunde oder Verwandte 36 Geschworene verführen könnten. Ungerecht ist es aber auch, den Angeklagten erst einen Tag vor der Sitzung die Namen der Geschworenen wissen zu lassen, und ihn dadurch der Möglichkeit der Erkundigung um die Person der Geschworenen zu berauben und Gründe der Rekusation zu sammeln. Nach dem Genfer Gesetz § 26 muß wenigstens 3 Tage vor der Sitzung jedem Angeklagten die Liste zugestellt werden." (II. Commissionsbericht von Mittermaier.) Dieselbe Bestimmung enthält der §. 26 des Gesetzes von 1849 und §. 65 des neuen Gesetzes, wornach nur dem verhafteten Angeklagten am Tage vor der Verhandlung die Liste der Haupt- und Ersatzgeschworenen bekannt zu machen und solche dem nicht verhafteten Angeklagten blos auf sein Verlangen mitzutheilen ist. Beides hat durch den Präsidenten des Schwurgerichtshofes zu geschehen, das Gesetz bestimmt dies ausdrücklich nur bei der Bekanntmachung der Liste an den verhafteten Angeklagten; es muß dies aber auch von der Mittheilung der Liste an den nicht verhafteten Angeklagten gelten. Für die Mittheilung der Liste an den nicht verhafteten Angeklagten ist keine Frist vorgeschrieben, da die Ziehung in öffentlicher Sitzung erfolgt, er daher von den Gezogenen sich immer Kenntniß verschaffen kann. Eine Mittheilung der Liste kann er aber jedenfalls nicht früher verlangen als 3 Tage vor der Verhandlung, da dem nicht verhafteten Angeklagten kein größeres Recht zukommt als dem Verhafteten.

Folgerichtig nach der in §. 4 des I. Entwurfs von 1848, §. 5 des Gesetzes von 1849 und §. 49 des neuen Gesetzes ausgesprochenen Ansicht, daß der Dienst eines Geschworenen ein Ehrenamt ist, konnte den Geschworenen

*) Auf solche Personen kann und muß bei der Minderung der Kreisliste Rücksicht genommen werden.

D. Eins.

nen keine Tagsgebühr bewilligt werden, dagegen muß ihnen, wie es in Frankreich geschieht, nach §. 47 des Gesetzes von 1849 und §. 66 des neuen Gesetzes eine Vergütung für die Kosten der Hin- und Rückreise zuerkannt werden, um die Last nicht unverhältnißmäßig zu vermehren. (II. Commissionsbericht von Mittermaier.) In §. 66 ist eine Verordnung über die Reisevergütung in Aussicht gestellt. Eine neue Verordnung ist aber bisher nicht erschienen, es wird daher die Verordnung im Rggsblt. von 1849 No. 10 jetzt noch gelten.

„Es bedarf einer Strafdrohung gegen Diejenigen, welche als Geschworene vorgeladen sind, ihrer Pflicht nicht nachkommen und dadurch oft große Störungen und Kosten verursachen. Da oft große Lasten für einzelne Geschworenen mit dem Dienste verbunden sein können, oft schnell eintretende Ereignisse hindernd eingreifen, so muß die Strafe des Ausbleibens in ihrem geringsten Grade nicht zu hoch, der höchste Grad (nach dem I. Entwurf von 1848 100 fl.) muß aber erhöht werden, weil der Entwurf nicht besonders die Rückfälle hervorhebt und daher für die Fälle, daß ein Geschworener öfters seiner Pflicht nicht nachkommt, die Möglichkeit, eine höhere Strafe auszusprechen, gegeben sein muß. (Nach dem französischen Code Art. 396 beträgt die Strafe schon das erstemal 500 Franken und bei dem zweiten Rückfalle 1500 Franken.) Das Gericht hat die Strafe nach Umständen auszumessen und die vorgebrachten Entschuldigungsgründe zu beurtheilen.“ (II. Commissionsbericht von Mittermaier.) Nach §. 66 des neuen Gesetzes wie nach §. 21 des Gesetzes von 1849 beträgt die Strafe des Ausbleibens 25 fl. bis 200 fl. Ueber das Ausbleiben und die Strafgröße entscheidet nach §. 69 des neuen Gesetzes wie nach §. 23 des Gesetzes von 1849 der Schwurgerichtshof. Die erwähnten Strafen werden auch erkannt, wenn der Geschworene sich zwar eingefunden, aber ohne gültige Entschuldigung, worüber der Schwurgerichtshof ebenfalls entscheidet, vor Beendigung seiner Verrichtungen entfernt hat. Und wer dreimal auf diese Weise ausgeblieben, ist oder sich wieder entfernt hat, verliert die Fähigkeit, künftig das Amt eines Geschworenen zu versehen, auch wird dies durch das betreffende Kreisblatt (wird „Kreisanzeigeblatt“ heißen müssen, vergl. §. 59 mit §. 67) bekannt gemacht. Nach dem Wortlaut des §. 67 des neuen Gesetzes wie nach §. 21 des Gesetzes von 1849 ist eine förmliche Unfähigkeitserklärung des ausgebliebenen Geschworenen nicht nothwendig, sondern es wird nur in dem Kreisanzeigeblatt bekannt gemacht, daß der Geschworene wegen dreimaligen Ausbleibens ohne genügende Entschuldigung die Fähigkeit, künftig das Amt eines Geschworenen zu versehen, verloren habe, und hievon wird auch dem betreffenden Geschworenen Nachricht zu geben sein. Diese Bekanntmachung und Benachrichtigung wird nicht durch den Schwurgerichtshof, sondern durch das Hofgericht zu geschehen haben, da dem Schwurgerichtshof die Verhältnisse nicht bekannt sein können, besonders wenn er an einem anderen Orte als am Sitze des Hofgerichts versammelt ist. Auf der anderen Seite müssen aber auch dem Hofgericht alle Straferkenntnisse des Schwurgerichtshofes gegen die ausgebliebenen Geschworenen mitgetheilt, und es werden von dem Hofgerichte diese Erkenntnisse den Geschworenen eröffnet werden müssen. Auch ist, um die Vorschrift des §. 67 gehörig befolgen zu können, ein Verzeichniß derjenigen Personen anzulegen, welche auf der vorhergehenden Liste eingetragen waren und den Verpflichtungen nicht Genüge geleistet haben, unter Angabe der gegen sie erkannten Strafen. Dies ist in Art. 391, 396 des französischen Code vorgeschrieben, und ist hiernach dieses Verzeichniß von dem Präfekten zu führen, welcher solches mit den Listen vorzulegen hat. Da nun aber nach §. 58 unseres Gesetzes die Bezirkslisten nicht an den Kreisdirektor, sondern an den Hofgerichtspräsidenten gesandt werden, und dieser aus den Bezirkslisten die Kreisliste bilden läßt, so wird bei uns das Hofgericht dieses Verzeichniß anzulegen und zu führen haben, und es wird dieses Verzeichniß mit den übrigen Akten dem Schwurgerichtshof mitzutheilen sein.

Die durch das dreimalige Ausbleiben eines Geschworenen entstehende Unfähigkeit ist auf gleiche Weise zu behandeln wie die Unfähigkeit nach §. 50, 51, 71. Es sind somit die nach §. 67, Abs. 2 unfähig Gewordenen gleichfalls nicht in die Urliste, Bezirksliste und Kreisliste aufzunehmen, beziehungsweise zu streichen.

Die Bestimmung in §. 68, 69 des neuen Gesetzes über die Entschuldigung, das Erkenntniß hierüber und das Rechtsmittel hiegegen stimmt mit der Vorschrift in §. 17, 18 des I. Entwurfs von 1848 und §. 22, 23 des Gesetzes von 1849 überein

„Eines der wichtigsten Geschäfte ist die Bildung der endlichen Liste der 12 Geschworenen, welche über einen bestimmten Angeklagten oder mehrere wegen des nämlichen Verbrechens Angeklagte entscheiden sollen.

Die Hauptsache ist hier die Ausübung der **Rekusation**. Wir müssen vorerst einem oft verbreiteten Irrthum begegnen, daß durch die Rekusation auch eine schlecht angeordnete Jury verbessert und ursprüngliche Fehler geheilt werden können. Daß dies nicht der Fall ist, ergibt sich, wenn man erwägt, daß da, wo die Urliste eine große Zahl von ungebildeten, charakterschwachen oder übelgesinnten Geschworenen enthält, die Besorgniß nahe liegt, daß der Staatsanwalt und Angeklagte nur im Stande sind, die schlechtesten zu entfernen, aber keine Bürgschaft haben, daß unter den übrig bleibenden, gegen welche keine Rekusation mehr zuläßig ist, geistig oder moralisch Unwürdige sich befinden, welchen auf keine Weise die bürgerliche Gesellschaft und der Angeklagte die Entscheidung anvertrauen möchten. Wir setzen daher voraus, daß schon das vorhergehende Verfahren bei Entwerfung der Urliste und bei der Reduktion Bürgschaften liefert, daß die Liste derjenigen Personen, gegen welche Rekusation auszuüben ist, von solchen gereinigt ist, welche nicht des Vertrauens würdig sind. Die Rekusation hat dann den Zweck zu bewirken, daß diejenigen als Geschworene entfernt werden, welche nach der **Besonderheit des Falles** das Vertrauen nicht verdienen, so daß die übrig bleibenden nicht rekusirten Geschworenen als solche zu betrachten sind, welchen vertrauensvoll der Staat wie der Angeklagte sich unterwerfen und über ihren Ausspruch sich nicht beklagen können, nachdem sie sich ihnen gleichsam wie Schiedsrichtern unterworfen haben. Ueber die Art der Ausübung der Rekusationen sind in den Ländern, in denen Jury besteht, vielfache Streitigkeiten entstanden. In Frankreich erheben sich gewichtige Stimmen (Z. B. Lacuisine, einer der geachtetsten Assisenpräsidenten) gegen Anwendung peremterischer Rekusationen, theils wegen der Mißbräuche, indem eben die Begabtesten und Tüchtigsten rekusirt werden können, theils weil es nach der Erfahrung für den ehrliebenden Bürger sehr empfindlich sei, peremtorisch rekusirt, daher als ein Mann erklärt zu werden, der kein Vertrauen verdiene. Wir können diese Ansicht nicht theilen, weil wir in der Gestattung blos motivirter Rekusationen nur ein Mittel erkennen würden, das Verfahren bedeutend zu verzögern, wenn über die bei jeder einzelnen Rekusation vorkommende Thatsachen eine Beweisführung gefordert würde, weil es auch schwerlich den Bürgern angenehm wäre, wenn über irgend ein zartes Familienverhältniß oder frühere Vorgänge ein öffentliches Verfahren eingeleitet werden könnte. Motivirte Rekusationen ersetzen auch nie den Vortheil der peremtorischen, d. h., ohne Angabe von Gründen vorgebrachten, weil oft Gründe der Rekusation vorliegen, die nicht strenge zu erweisen sind und weil eben in manchen Fällen, wo die Verschiedenheit der politischen oder religiösen Ansichten eines Geschworenen in aufgeregten Zeiten für den Angeklagten ein Grund der Rekusation werden kann, schwerlich aber dem Geschworenen es wünschenswerth sein möchte, daß alle früheren Vorgänge und Verhältnisse, worauf sich der Grund der Rekusation stützt, wieder in Erinnerung gebracht und veröffentlicht werden sollen. Das System der peremtorischen Rekusation wird auch in Frankreich von der Stimme der Bürger wie der Juristen gebilligt. Uebrigens erkennt man an, daß das französische System dem englischen weit nachsteht und große Fehler hat. Während in England nur der Angeklagte das Recht der Rekusation hat, nicht blos die ganze Liste verwerfen darf, wenn er nachweisen kann, daß Partheilichkeit bei ihrer Entwerfung Einfluß hatte, insbesondere auch, wenn aus der Liste mehrere Personen, die darauf gehört hätten, weggelassen wurden; während jeder Angeklagte peremtorisch Geschworene in großer Zahl (nämlich 20 in gewöhnlichen Fällen, bei Hochverrathsanklagen selbst 35) rekusiren kann, außerdem aber motivirt so viel Geschworene, als er mit Angabe eines Grundes als verdächtig darstellen kann, verwerfen darf, z. B wegen Verwandtschaft mit dem Ankläger, wegen Feindschaft, wegen Ehrlosigkeit kann in Frankreich auch der Staatsanwalt Geschworene rekusiren. In Frankreich entwirft der ohnehin schon abhängige Präfekt die Liste im Interesse der Regierung, der Angeklagte kann nur 9 peremtorisch rekusiren, und wenn die Zahl der erlaubten Rekusationen erschöpft ist, nie aus bestimmten Gründen einen der übrig bleibenden Geschworenen verwerfen, so daß, wenn er auch beweist, daß unter den Geschworenen der nächste Verwandte des Beschädigten, der Todfeind des Angeklagten sich befindet, dies nichts nützt. Mit Recht gibt aber der erste Entwurf von 1848 auch dem Staatsanwalt das Recht der Rekusation und zwar ohne Angabe von Gründen, weil der bürgerlichen Gesellschaft, deren Interesse der Staatsanwalt vertritt, es möglich gemacht werden muß, Personen zu entfernen, die wegen ihrer der Regierung feindlichen Gesinnung oder wegen Characterschwäche, oder Mangels von Intelligenz nicht Vertrauen verdienen. Der Entwurf von 1848 gestattet noch außer den peremtorischen Rekusationen Ablehnungen aus bestimmten Gründen gegen Geschworene. Eine solche

Einrichtung scheint um so wichtiger zu sein, weil es möglich ist, daß der Angeklagte, wenn man nur peremtorische Rekusationen gestattet, in die Lage kommen kann, daß er sich Geschwornen unterwerfen muß, welche entschieden untüchtig zum Richteramte sind, die aber nicht mehr abgelehnt werden können, weil ihre Namen sich unter denjenigen befinden, welche in der Urne nach Erschöpfung der zuläßigen peremtorischen Rekusationen zurückgeblieben sind. Das französische Gesetzbuch, der hessische und baierische Entwurf lassen keine motivirten Ablehnungen zu, und zwar, wie die baierischen Motive erklären, weil durch ihre Gestattung große Verzögerungen im Verfahren eintreten, auch die öffentliche Erörterung von persönlichen Beziehungen zwischen den Geschworenen und dem Angeklagten in vielen Fällen als unzart und gehäßig sich darstellen würde, und kein Bedürfniß solcher Rekusationen vorkäme. Auch mehrere Mitglieder der Commission erklärten sich aus ähnlichen Gründen gegen diese Art der Ablehnung, man hob hervor, wie gefährlich die Gestattung derselben, z. B. bei großen politischen Prozessen, wo viele Angeklagte vor Gericht stehen, sein würde, so daß zuletzt wegen vielfacher Ablehnungen, z. B. wegen Feindschaft, gar kein Geschworenengericht zu bilden sein würde und Mißbräuche eines solchen Rechts unvermeidlich wären. Man schlug vor, daß der Angeklagte vor der öffentlichen Sitzung und zwar binnen 24 Stunden von der Mittheilung der Geschworenenliste an, die Rekusation aus bestimmten Gründen vorbringen müßte, wo dann die Beweise schnell benützt, und an die Stelle solcher rekusirten Geschworenen leicht andere gesetzt werden könnten. Allein man konnte sich nicht verhehlen, daß auch dieser Vorschlag bedenklich wäre, indem dann oft durch weitläufige Beweisführungen eine Verzögerung der Eröffnung der Assise eintreten könnte, und woraus sichtlich der Angeklagte lieber zu oft von diesem Rekusationsrechte gegen einen Geschworenen Gebrauch machen würde, und zwar in Fällen, wo sich aus dem Ergebniß der Loosziehung zeigt, daß gar kein Bedürfniß der motivirten Rekusation vorhanden war. Die Mehrheit der Commission erklärte sich danach gegen die Zuläßigkeit der motivirten Rekusationen." (I. u. II. Commissionsbericht von Mittermaier.) Gleichwohl wurde in das Gesetz von 1849, §. 29, die motivirte Ablehnung aufgenommen, und es fand solche statt, nachdem das Recht der Ablehnung ohne Gründe erschöpft war. Dagegen ist durch §. 71 des neuen Gesetzes die in dem früheren Gesetz statuirte Ablehnung aus bestimmten Gründen unentbehrlich gemacht, nämlich dem Geschworenen die Angabe der daselbst angeführten Unfähigkeits- oder Ablehnungsgründe, und zwar vor der Verloosung zur Pflicht gemacht und deren Berücksichtigung von Amtswegen dem Schwurgerichtshofe überlassen. (Commissionsbericht von Tresurt.) Zu §. 71 sind die in §. 50, 51, 67, Abs. 2 erwähnten Unfähigkeitsgründe nicht angegeben, wegen der Gleichheit des Grundes werden aber die Geschworenen verpflichtet sein, auch diese Verhältnisse dem Schwurgerichtshofe vor der Verloosung anzuzeigen und auf den Grund dieser Nachweisung Befreiung von dem Dienste als Geschworener zu fordern. Es wird daher zweckmäßig sein, daß die Geschworenen entweder in den Vorladungen (wie in dem eben erwähnten Commissionsbericht vorgeschlagen wird) oder von dem Schwurgerichtspräsidenten vor der Verloosung auf diese Pflicht besonders aufmerksam gemacht werden. Wie ist es, wenn von den Geschworenen die Unfähigkeits- oder Ablehnungsgründe nicht angegeben werden, können solche von dem Staatsanwalt oder Angeklagten geltend gemacht und auf den Grund derselben die Ablehnung verlangt werden? Bloße Ablehnungsgründe können von dem Staatsanwalt und dem Angeklagten nur auf die in §. 73 bestimmte Weise geltend gemacht werden, da das neue Gesetz eine Ablehnung aus bestimmten Gründen nicht anerkannt. Dagegen sind Einreden gegen unzulässige, unfähige Geschworene ohne Beschränkung der Zahl und zu jeder Zeit, also auch vor der Verloosung in der Form bloser Bemerkungen zuläßig, denn der Richter müßte sie auch ohne dies, von Amtswegen berücksichtigen. Vergl. Annalen XVI., S. 358.

Nach §. 71 des neuen Gesetzes kann Niemand Geschworener in derselben Sache sein, in welcher er als Zeuge oder Sachverständiger, oder Dollmetscher oder als Polizei- oder Untersuchungsbeamter oder als Staatsanwalt thätig war. Eine Unfähigkeit wird jedoch nur dann eintreten, wenn der Geschworene in der einen oder andern Eigenschaft auf erhebliche Weise thätig war. Hatte seine Handlung auf die Sache selbst keinen Einfluß, so kann von einer Unfähigkeit keine Rede sein. Ferner begründet nach §. 71 des neuen Gesetzes das in §. 20 der Strafprozeßordnung erwähnte Verwandtschaftsverhältniß der Geschworenen zu dem Angeklagten eine Unfähigkeit. Dagegen ist das verwandtschaftliche Verhältniß der Geschworenen unter einander, so wie dieser mit den Richtern,

Zeugen, Civilpartien und dem Staatsanwalt niemals als Inhabilitätsgrund, auf der Bank der Geschworenen zu sitzen, angesehen worden. Stemann, die Jury in Strafsachen S. 110. Außer den bisher erwähnten Unfähigkeitsgründen (§. 50, 51, 67 Abs. 2, 71 des neuen Gesetzes) ist noch ein weiterer in §. 102 enthalten, indem hiernach bei der wiederholten Verhandlung einer Strafsache keiner der Geschworenen, welche an der früheren Theil nahmen, zugelassen werden kann. Mit diesem Unfähigkeitsgrund wird es sich hinsichtlich seiner Geltendmachung ebenso verhalten, wie mit den übrigen Gründen, d. h. es kann derselbe zu jeder Zeit vorgebracht und selbst von Amtswegen berücksichtigt werden.

Wegen des Daseins bloser Ablehnungsgründe kann ein Urtheil nicht als nichtig angefochten werden, namentdann nicht, wenn der Angeklagte von dem ihm nach §. 73 zustehenden Ablehnungsrecht keinen Gebrauch gemacht und er den Ablehnungsgrund gekannt hat, indem er alsdann als darauf verzichtend anzusehen ist. Dagegen wird das Dasein eines Unfähigkeitsgrundes aus §. 50, 51, 67 Abs. 2, 71, 102 eine Nichtigkeit begründen und aus der Unterlassung der Ablehnung und der Einlassung auf die Verhandlungen kein Verzicht auf die Nichtigkeiten aus dem Grunde der Unfähigkeiten abgeleitet werden können, da Nichtigkeiten publici juris sind, somit kein Gegenstand des Verzichtes des Angeschuldigten sein können. Vergl. Annalen XVI., S. 361.

Wird wegen eines Unfähigkeitsgrundes das Erkenntniß des Schwurgerichts aufgehoben, so hat der Geschworene, welcher die Anzeige unterließ, die Kosten des dadurch veranlaßten weiteren Verfahrens zu tragen; vorausgesetzt, daß der Geschworene das Verhältniß, welches die Unfähigkeit begründet, selbst gekannt hat. Der §. 71 Abs. 2 spricht zwar nur von der Unfähigkeit aus dem Grunde des §. 20 der Strafprozeßordnung. Ex ratione legis wird dies aber auch bei den übrigen Unfähigkeitsgründen gelten.

Ueber die Ergänzung der Geschworenen enthält der §. 72 des neuen Gesetzes, mit §. 19 des I. Entwurfs von 1848 und §. 24 des Gesetzes von 1849 im Wesentlichen übereinstimmend, eine Bestimmung für den Fall, daß in der Sitzung nicht wenigstens 30 Geschworene sich einfinden. Dieselbe Bestimmung wird aber auch Anwendung finden, wenn die Zahl der erschienenen Geschworenen in Folge der Angabe von Unfähigkeits- oder Ablehnungsgründen unter 30 herabsinkt, wie dies in §. 22 des I. Entwurfs von 1848 und §. 29 Abs. 2 des Gesetzes von 1849 ausdrücklich bestimmt war.

Die soeben erwähnte Angabe der Unfähigkeits- und Ablehnungsgründe, sowie der Aufruf der Geschworenen und die Bildung des Schwurgerichts geschieht nach §. 70, 73—76 des neuen Gesetzes sowie nach §. 20, 23—27 des I. Entwurfs von 1848 und §. 25, 28—32 des Gesetzes von 1849 nicht in öffentlicher Sitzung, sondern bei geschlossenen Thüren in Gegenwart der 5 rechtskundigen Richter, des Staatsanwaltes und des Angeklagten und der sämmtlichen vorgeladenen und erschienenen Haupt- und Ersatzgeschworenen. Erst nach vollendeter Bildung des Schwurgerichts wird von dem Präsidenten die öffentliche Sitzung mit der Beeidigung der Geschworenen eröffnet. In dem I. Commissionsbericht, erstattet in erster Kammer von Obkircher, ist hierüber gesagt: „Wir sind der Ansicht, daß das Verfahren über die Ausscheidung der Geschworenen, das Verwerfen der Geschworenen durch den Staatsanwalt und durch den Angeklagten ohne oder mit Gründen, nicht in öffentlicher Sitzung, sondern bei geschlossenen Thüren in Gegenwart der 5 rechtskundigen Richter, des Staatsanwalts, des Angeklagten und der sämmtlichen vorgeladenen und erschienenen Haupt- und Ersatzgeschworenen stattfinden soll, weil einzelne Verwerfungen dem Publikum leicht Anlaß zu Witz und Spott geben, und in den Begründungen von Verwerfungen, Verhältnisse zur Sprache kommen können, deren Veröffentlichung einem Geschworenen nicht nur höchst unangenehm, sondern auch für sein Gewerbe sehr nachtheilig sein würde. Aus diesen Gründen beantragen wir, daß erst nach geschehener Bildung der Sitzungsliste, d. h. nach vorgegangener Ausmittlung der zur Mitwirkung bei dem Schwurgericht bestimmten 12 Geschworenen die öffentliche Sitzung durch den Präsidenten in Gegenwart des Publikums eröffnet, und mit der Beeidigung der Geschworenen begonnen werde.“ Und der III. Commissionsbericht erstattet in zweiter Kammer von Mittermaier, spricht sich hierüber dahin aus: „Die erste Kammer findet es bedenklich, wenn die Bildung des Geschworenengerichts, also die Ausübung der Ablehnung in öffentlicher Sitzung geschieht. Wenn nun auch in Frankreich (Art 399) die Worte: avant l'ouverture de l'audience darauf deuten, daß die öffentliche Sitzung erst beginne, wenn die Bildung des Geschworenengerichts beendiget, so ist doch der Gerichtsgebrauch in Frankreich nicht gleichförmig; sehr häufig geschieht die Ziehung in Gegenwart des Publikums im

Assisensaal, der Präsident erklärt aber erst nach geschehener Ziehung die Sitzung für eröffnet. In dem neuen baierischen Gesetze §. 101, im kurhessischen Gesetze §. 289 ist die Ziehung in öffentlicher Sitzung vorgeschrieben, während das neue großh. hessische Gesetz §. 60 vorschreibt, daß die Ziehung vor dem Beginn der öffentlichen Sitzung geschehen soll. Bei uns entscheidet besonders die Rücksicht, daß eine Ablehnung auch aus bestimmten Gründen zulässig ist, deren Erörterung leicht unangenehme Verhältnisse für den Geschworenen herbeiführen mag, und insofern stimmen wir bei, daß die Ziehung nicht in öffentlicher Sitzung geschieht. Wir setzen aber voraus, was auch in Frankreich (arret du 31. Mars 1842 Lacuisine de la direction des Debats p. 194—197) anerkannt und im großh. hessischen Gesetze §. 60 ausgesprochen ist, daß der Vertheidiger bei der Ziehung gegenwärtig sein und für den Angeklagten die Ablehnung aussprechen kann." Nach dem neuen Gesetz findet eine Ablehnung aus bestimmten Gründen nicht statt. Es bestimmt aber der §. 70 des neuen Gesetzes, wie der §. 20 des Gesetzes von 1849, daß vor dem Beginn jeder Verhandlung sämmtliche vorgeladene Geschworene in Gegenwart des Staatsanwalts und des Angeklagten aufgerufen werden. Eben so schreibt der §. 76 des neuen Gesetzes wie der §. 32 des Gesetzes von 1849 vor, daß nach vollendeter Bildung des Schwurgerichts der Präsident die Verhandlungen eröffnet. Hiernach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Ziehung der Geschworenen überhaupt die Bildung des Schwurgerichts auch jetzt nicht in öffentlicher, sondern nur in geheimer Sitzung vorgenommen werden darf, welcher Sitzung Niemand als die 5 rechtskundigen Richter, der Staatsanwalt, der Angeklagte und sämmtliche vorgeladene und erschienene Haupt- und Ersatzgeschworene anwohnen dürfen. *) Die Bestimmung in §. 72 des neuen Gesetzes steht nicht entgegen, denn diese findet nur dann Anwendung, wenn die gesetzliche Zahl von 30 Geschworenen nicht erschienen ist, oder die Zahl der erschienenen Geschworenen in Folge der Angabe von Unfähigkeits- oder Ablehnungsgründen unter 30 herabsinkt. In diesen Fällen tritt das Verfahren in §. 72 an die Stelle des Verfahrens in §. 62, 63 des neuen Gesetzes, wornach auch die Ergänzung der Geschworenen consequenterweise in öffentlicher Sitzung vorgenommen werden muß. Das Verfahren in §. 70, 73, 76 des neuen Gesetzes setzt aber voraus, daß die gesetzliche Zahl von 30 Geschworenen erschienen oder diese Zahl gehörig ergänzt ist. *) Bei solchen Sitzungen, in welchen die Bildung des Schwurgerichts vorgenommen wird, greift übrigens die Vorschrift in §. 227 der Strafprozeßordnung nicht Platz, es dürfen daher solchen Sitzungen die bei dem Gerichte angestellten Advokaten, sowie die Freunde und Verwandte des Angeklagten nicht anwohnen. Dagegen wird der Vertheidiger bei der Ziehung gegenwärtig sein und für den Angeklagten die Ablehnung aussprechen können. „Die Ausübung des Rekusationsrechts geschieht persönlich durch den Angeklagten, allein es muß gestattet sein, daß der Vertheidiger an seiner Stelle sich erkläre, da dieser, welcher das Interesse des Angeklagten zu wahren hat, nach genommener Rücksprache mit dem letzteren die Rekusation aussprechen wird, und nach der Erfahrung der oft durch den Ernst der Verhandlung sehr erschütterte Angeklagte die Erklärung dem Vertheidiger überläßt." (II Commissionsbericht von Mittermaier.)

Die Bestimmung in §. 72 über die Ergänzung der Geschworenen stimmt mit jener in §. 19 des I. Entwurfs von 1848 und in §. 24 des Gesetzes von 1849 in der Hauptsache überein, eben so entspricht der §. 73, 74, der von der Bildung des Schwurgerichts handelt, im Wesentlichen dem, was in §. 21 bis 24 des I. Entwurfs von 1848 und in §. 28 bis 30 des Gesetzes von 1849 bestimmt ist. „In Beziehung auf die Ausübung des Rekusationsrechtes hat der Entwurf richtig (abweichend von dem französischen Art. 399) ebenso wie der baierische Entwurf Art. 33 verordnet, daß zuerst der Staatsanwalt die Rekusation ausübe, wenn ein Name aus der Urne gezogen wird. Die Erfahrung in Frankreich lehrt, wie oft für den Angeklagten es nachtheilig wird, wenn er bei dem Aufruf eines Namens schweigt und nun der Staatsanwalt, der aus diesem Schweigen

*) Indessen wird es keine Richtigkeit begründen, wenn die Bildung des Schwurgerichts in öffentlicher Sitzung vorgenommen wird. Es wird aber der Staatsanwalt, der Angeklagte, so wie jeder Geschworene das Recht haben, zu verlangen, daß das Publikum entfernt werde. D. E.

*) Es wäre daher logisch richtiger gewesen, wenn der §. 72 dem §. 70 des neuen Gesetzes vorgesetzt worden wäre, wie auch im I. Entwurf von 1848 der dem §. 72 des neuen Gesetzes entsprechende §. 19 dem mit dem §. 70 des neuen Gesetzes übereinstimmenden §. 20 und ebenso in dem Gesetze vom Jahr 1849 der mit dem §. 72 des neuen Gesetzes harmonirende §. 24 dem mit dem §. 70 des neuen Gesetzes fast gleichlautenden §. 25 vorgesetzt ist. D. E.

den Schluß ableitet, daß der Angeklagte diesen Geschworenen als günstig für sich anerkennt, eben aus diesem Grunde ihn refusirt. Weit günstiger stellt sich das Verhältniß für den Angeklagten, wenn er zuerst erfährt, ob der Staatsanwalt gegen einen Geschworenen nichts einwendet. Eine große Schwierigkeit erzeugt der Fall, wenn mehrere Personen angeklagt sind, folgerichtig müßte Jedem das gleiche Recht 9 Geschworene zu refusiren eingeräumt werden; allein darnach müßte die Zahl der Geschworenen, wenn z. B. mehrere hundert Angeklagte vorhanden sind, auffallend erhöht und dadurch die Last für den Bürger sehr vermehrt werden; man mußte daher, wie auch der hessische Entwurf §. 198, der baierische §. 32 und das Genfer Gesetz Art. 38, 39 gethan haben, dem französischen System (Code Art. 402) treu bleiben und die Zahl der Refusationen wegen der Zahl der Angeklagten nicht vermehren lassen. Es kommt darauf an, daß die Angeklagten sich vereinigen, welche Geschworene sie refusiren wollen, was leicht ist, da häufig, z. B. bei politischen Verbrechen, die nämlichen Gründe der Ablehnung für einen wie für den anderen Angeklagten wichtig werden. Die Angeklagten können dann übereinkommen, daß Einer für sie Alle das Recht ausübe, oder es kann jeder Einzelne, wie ein Name aus der Urne gezogen wird, refusiren; ist aber die Zahl 9 erschöpft, so endigt die Refusation. Wenn die Angeklagten sich nicht vereinigen, so muß das Loos entscheiden, in welcher Ordnung die Refusation geltend gemacht werden soll. Beigefügt mußte der Zusatz des Art 403 des Code werden, daß der von einem Angeklagten abgelehnte Geschworene auch als abgelehnt in Ansehung der übrigen Mitangeklagten gilt." (II. Commissionsbericht von Mittermaier.) „Das Refusationsrecht ist hier in derselben Weise wie im früheren Entwurfe in Bezug auf den Staatsanwalt und die Angeklagten regulirt und stimmt unsere Bestimmung in Bezug auf die Zahl der jedem Theil zustehenden Refusationen, die Art, in welcher es von mehreren Angeklagten auszuüben ist, und die Reihenfolge, welche zwischen Ankläger und Angeklagten eingehalten wird, mit allen neueren Gesetzgebungen überein. Auch hinsichtlich der Beseitigung von Refusationen aus bestimmten Gründen harmonirt unsere Bestimmung mit den übrigen deutschen Gesetzgebungen. In der Beziehung weicht jedoch das neue Gesetz noch vom früheren Gesetze ab, daß jenes nicht wie dieses den dem Strafverfahren angeschlossenen Beschädigten ein mit dem Staatsanwalt gemeinschaftlich zu übendes Refusationsrecht einräumt, diesem also auflegt, sich mit dem Refusationsrecht des Staatsanwalts auch hinsichtlich ihrer Civilansprüche zu begnügen. Auch hierin steht dem neuen Gesetz das Beispiel aller deutschen Gesetzgebungen, sowie die Natur der Sache zur Seite, da es in der That zu weit gehen würde, dem in der Aburtheilung einer Strafsache nur accessorisch betheiligten Beschädigten einen Einfluß auf die Bildung des Strafgerichts einzuräumen." (Comm.-Ber. von Trefurt.)

Die Vorschrift in §. 75 des neuen Gesetzes über stellvertretende Geschworene ist übereinstimmend mit § 25 des I. Entwurfs von 1848 und §. 31 des Gesetzes von 1849. „Wenn eine Verhandlung voraussichtlich mehrere Tage dauert und so zu besorgen ist, daß einer der Geschworenen die Last langer Sitzungen nicht ertragen kann, so muß für Ersatzgeschworene gesorgt werden, um in dem Fall, daß der eine oder andere der Hauptgeschworenen bis zum Ausspruch des Urtheils auszuharren gehindert ist, denselben zu ersetzen." (II. Commissionsbericht von Mittermaier.) Und in §. 76 des neuen Gesetzes ist über die Beeidigung der Geschworenen wiederholt, was hierüber der §. 26 des I. Entwurfs von 1848 und §. 32 des Gesetzes von 1849 vorgeschrieben hat „In Beziehung auf den Eid den die Geschworenen zu leisten haben, muß bemerkt werden, daß die im Entwurf (von 1848) vorgeschlagene Formel weit einfacher und kurzer ist, als die im französischen Code Art. 317, im Genfer Gesetz §. 48, hessischen Entwurf §. 77, baierischen Entwurf § 36 vorkommende. Wir billigen die von dem vorliegenden Entwurf vorgeschlagene, weil es am zweckmäßigsten ist und am meisten Eindruck auf das Gemüth des Schwörenden hervorbringt, wenn die Formel kurz ist; weil auch vermieden werden muß, von Geschworenen zu viel versprechen zu lassen, was sie doch nicht halten, z. B. daß sie mit Niemanden über ihren Ausspruch Rücksprache nehmen, was bei lang dauernden Assisen, wo der Verkehr der Geschworenen in den Stunden der Unterbrechung der Sitzungen mit anderen Personen vorkömmt, kaum zu vermeiden ist, dagegen billigen wir es, daß die Geschworenen hingewiesen werden, die vorgebrachten Anschuldigungs- und Entschuldigungsbeweise zu prüfen, weil, wie die Motive zum baierischen Entwurf mit Recht sagen, die Geschworenen dann aufmerksam gemacht werden, bei ihrem Ausspruch sich nicht durch ein dunkles Gefühl, sondern durch die in der Verhandlung vorkommenden Thatsachen, die eine Ueberzeugung zu begründen im Stande sind, leiten lassen. „Beigefügt muß dem Artikel werden, daß jeder Geschworene (wie nach der Vorschrift des Code Art. 312) ausspricht: ich schwöre." (II. Commissionsbericht von Mittermaier.)

(Fortsetzung folgt.)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. **No. 50.** Mannheim, 13. Dezember **1851.**

I.

Das Schwurgericht.

(Fortsetzung.)

In der ersten Kammer wurde beschlossen, dem von den Geschworenen zu leistenden Eide noch beizufügen, daß die Geschworenen die Abstimmungen der einzelnen Geschworenen geheim halten wollen. In dem III. Commissionsbericht, erstattet in zweiter Kammer von Mittermaier, ist aber hierüber gesagt: „Wir schlagen Ihnen vor, diesem Beschlusse nicht beizutreten. Wohl wissen wir, daß 1835 (veranlaßt durch die politischen Verhältnisse des Septembers) in Frankreich die geheime Abstimmung eingeführt und 1837 in Belgien nachgeahmt wurde, während in England und in den Rheinprovinzen Niemand an eine solche dachte. In Frankreich und Belgien hatte aber bald die öffentliche Stimme den Stab über eine Einrichtung gebrochen, welche eben so an dem Umstande, daß folgerichtig keine Berathung der Geschworenen hätte stattfinden dürfen, als an der Sitte und den Verhältnissen des bürgerlichen Lebens scheiterte. Man sah auch in Frankreich bald ein, daß es lächerlich gewesen wäre, wenn der Geschworene mit seinem vertrauten Freund nicht über seine Abstimmung sprechen dürfte, daß auch in geselligen Verhältnissen oft unvermeidlich das Gespräch in der Anwesenheit von Personen, die als Geschworene urtheilten, auf entschiedene Fälle führt. Jeder, der in Frankreich und Belgien lebte, weiß, wie häufig Geschworene über ihre Abstimmungen sprechen. Man sieht überall in neuester Zeit ein, daß Versprechungseide nicht zu billigen sind, daß es auch nicht weise von dem Gesetzgeber ist, wenn er etwas unter Strafe verbietet, wovon er im Voraus wissen kann, daß das Verbot nach den Verhältnissen des Lebens nicht durchgeführt werden kann. Wir können nicht zustimmen, daß unser Gesetz voraussichtlich ohne allen Grund Untersuchungen und Bestrafungen wegen Eidesbruchs herbeiführt. Die Mehrheit der Commission schlägt jedoch vor, daß die Geschworenen verpflichtet werden, die Abstimmungen geheim zu halten, weil sie es für eine Pflicht der Zartheit hält, über Verhältnisse zu schweigen, die nur im vertrauten Kreise der Geschworenen bekannt werden und bei denen die Furcht der Veröffentlichung manchen Geschworenen bei seiner Abstimmung leicht einschüchtern oder befangen machen könnte. Die Minderheit der Commission stimmt auch diesem Antrage nicht bei, weil sie es unpassend findet, in einem Gesetze eine Hinweisung auf eine Verpflichtung auszusprechen, die nicht als Rechtspflicht erkannt ist und wo Alles nur auf die Zartheit der Geschworenen ankommt, wobei daher, wie überall in Fällen, in denen nur die Zartheit entscheidet, es von den immer wechselnden Umständen des einzelnen Falles abhängt, ob man von einer Verletzung der Verpflichtung sprechen kann." Nach der Ansicht der Minorität der Commission wurde auch dieser Zusatz nicht in die Eidesformel aufgenommen. Und das neue Gesetz hat an der Eidesformel nichts geändert, als daß darin der Ausdruck „innere Ueberzeugung" gebraucht ist. Bei der Beeidigung der Geschworenen findet auch das Gesetz vom 20. Dezember 1848 (Rggsbltt. No. 81, S. 464) das Verfahren bei Eideserhebungen betreffend, Anwendung, es sind daher die Geschworenen gehalten, sich von ihrem Seelsorger oder einem Geistlichen ihres Glaubens über die Wichtigkeit und Heiligkeit des Eides vorbereiten zu lassen und Bescheinigung hierüber vorzulegen, wozu sie in der Vorladung anzuweisen sind.

Das bisher erwähnte Verfahren über die Bildung des Schwurgerichts wiederholt sich bei jedem einzelnen Falle, der zur Verhandluug kommt. (Frts. f.)

Haager.

II.

Verhandlung abgekürzter Appellationen vor dem Unterrichter. *)

A. **Nicht alle** abgekürzte Appellationen, sondern nur solche gegen die in §. 1185 Pr.O. zusammengestellten Arten von Erkenntnissen werden vor dem Unterrichter verhandelt.

1) Unter die in Ziffer 1 dieses §. erwähnten Erkenntnisse gehört namentlich auch die Ladungsversagung des §. 282 Pr.O. in der Formel: die Klage findet **hier** nicht statt; die Verhandlung einer Appellation gegen solche Ladungsversagungen hat also **stets** vor dem Unterrichter zu geschehen, es mag an der Appellationssumme fehlen oder nicht.

2) Dagegen werden nach Ziffer 2 desselben §. Appellationen gegen Ladungsversagungen in der Formel des §. 283 Pr.O. (die Klage findet **nicht** statt) **nur dann** vor dem Unterrichter verhandelt, wenn es an der Appellationssumme fehlt.

3) Appellationen gegen Erkenntnisse im Vollstreckungsverfahren überhaupt und insbesondere über Einsprachen im Vollstreckungsverfahren sind in den Formen des abgekürzten Verfahrens **und** vor dem Unterrichter zu verhandeln.

   §§. 1039 ff., 641 1185. 3 Pr.O.
   vgl. Bekk über Mündlichkeit und Schriftlichkeit, Archiv Bd. III., Note 21, Ziff. 7, S. 66.

4) Unter die Fälle des §. 642, 1 Pr.O. können diejenigen Streitigkeiten über persönliche Verbindlichkeiten im Betrag von 150 fl. und weniger nicht gezählt werden, welche in einem nach **besonderer** Vorschrift abgekürzten (**bestimmt** summarischen) Verfahren verhandelt worden sind, weil solche Fälle zu den schon im Eingang des §. 642 Pr.O. erwähnten gehören, dessen unter Ziffer 3 des §. 1185 Pr.O. nicht gedacht ist.

5) Dadurch wird eine persönliche Verbindlichkeit nicht zur dinglichen, daß sie durch ein Vorzugs- oder Unterpfandsrecht gesichert ist.

6) Appellationen im Gantprozeß, für welche die abgekürzte Form in §. 816 Pr.O. ausdrücklich und besonders vorgeschrieben ist, eignen sich nicht zur Verhandlung vor dem Gantrichter, denn im §. 1185, 3 Pr.O. ist nun einmal der Eingang des §. 642 Pr.O. nicht erwähnt, welcher der bestimmt summarischen Prozesse gedenkt; ebensowenig wird unter Ziff. 4 des §. 1185 Pr.O. des Gantverfahrens gedacht und zudem gebietet §. 895 Pr.O., daß die Rechtfertigung der Appellation gegen Verbescheidung von Erinnerungen gegen Vertheilungsbescheide bei dem **Obergerichte** zu geschehen habe.

7) Von den nach **besonderer** Vorschrift abgekürzten Prozeßarten sind in §. 1185, Ziff. 4 Pr.O. außer dem Gantverfahren nicht genannt, beziehungsweise ausgeschlossen (insofern es sich nicht um eine Entscheidung **über die Prozeßart** handelt):
   Streitigkeiten über persönlichen Arrest *),
   unbedingte Befehle,
   der bedingte Mandatsprozeß,
   Executiv- und Wechselprozeß,
   Besitzprozeß,
   (Aufforderungen in Bausachen [No. 734, 735 Pr.O.]
   Edictalladungen [No. 736 ff. Pr.O.),
   Gesuche um Herausgabe von Urkunden, wenn solche Gesuche **selbstständig** verhandelt werden.

B. Bezüglich des Verfahrens des Unterrichters dürfte hervorzuheben sein:

a) In Fällen, in welchen die vor dem Unterrichter zu verhandelnde Appellation unzuläßig ist, sei es nun, daß es an der Appellationssumme mangle, oder daß die Nothfristen versäumt seien,

   §§. 1126, 1141, 1148, 1165 Pr.O.

   ist es Sache des Unterrichters (da nach §. 1133 Pr.O. das Erkenntniß über die Zuläßigkeit des Rechtsmittels ihm selbst nicht zusteht) **vor** Einleitung der Verhandlung **alsbald** Vorlage an das Obergericht zu machen, damit dieses vorerst über die Zuläßigkeit oder Unzuläßigkeit des Rechtsmittels Entscheidung gebe, da, wenn dieses für unzuläßig

---

*) Nach §. 19 des Commissionsberichtes des Abgeordneten Mayer von Freiburg hat mit dieser Einrichtung der Zweck erreicht werden wollen, den Aufwand von Zeit und Kosten, welcher sonst mit der Appellation verbunden ist, so zu vermindern, wie bei der Beschwerdeführung geschehen kann, und doch den Einfluß der Parteien auf den Rechtsstreit und die Garantien für die Gründlichkeit der Entscheidung nicht Preis zu geben.

*) Die Ziffer 6 des §. 1128 Pr.O. ist in den §. 1185 unter Ziffer 2 nicht aufgenommen.

erklärt wird, eine Verhandlung über dasselbe nicht statt zu finden hat.

b) In den unter Ziffer 2 des §. 1185 Pr.O. erwähnten Fällen des §. 1128 Pr.O. wird es der in §. 1186 Absatz 3 als Regel vorgeschriebenen Aufforderung zur Vernehmlassung über die Beschwerdeschrift nicht bedürfen, insofern es sich in diesen Fällen vorerst nur um Prüfung des Acteninhalts handelt, der Appellat also nicht wohl im Fall sein kann, neue Thatsachen und Beweise vorzubringen, welches Vorbringen in §. 1173 Pr.O. bei Appellanten gegen Ladungsversagungen geradezu untersagt ist.

Stempf.

III.

Actio Pauliana.

L.R.S. 1167 vergl. §. 796 Pr.O.
Jahrb. n. F. X., No. 12, S 199—208.
Annalen XVII. (1849) No. 4, S. 25—28.

Am 1. Dezember 1840 traf Paul Heuberger von Richen mittelst Notariatsakts mit seinen Söhnen Conrad und Jakob eine Uebereinkunft, wornach er diesen als Auslieferung ihres mütterlichen, großväterlichen und großmütterlichen Vermögens sammt Zinsen im Betrage von 81,460 fl. 30 kr. das in dem Act beschriebene Vermögen, bestehend in Liegenschaften, Fahrnissen, Forderungen und Vorempfängen, im Gesammtbetrage von 78,779 fl. 26 kr. hingab und die Söhne auf ihre hierdurch nicht gedeckte Restforderung, vorbehaltlich ihres Rückgriffs auf später anerfallendes Vermögen verzichteten, auch dem Vater ein Leibgeding zusagten.

Diese Uebereinkunft ward nun von verschiedenen Gläubigern des Vaters nach dessen Vergantung auf den Grund des

L.R.S. 1167

mit der Behauptung angefochten, Paul Heuberger einerseits, Conrad und Jakob Heuberger andererseits hätten dieselbe zum Abbruch der Rechte der Kläger abgeschlossen, in der Urkunde sei ausdrücklich gesagt, daß keine Schulden vorhanden seien, obgleich der Vater Paul Heuberger von der Existenz der klägerischen Forderungen Kenntniß gehabt haben müsse, und den Söhnen dieselbe gewiß auch nicht unbekannt geblieben sei.

Ueber diese Klage sprechen sich die Entscheidungsgründe zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 20. Oktober 1851 (I. Sen.) No. 6599 aus, wie folgt:

Wenn auch diese thatsächlichen Behauptungen bewiesen würden, wenn es sich hiernach ergäbe, daß 1) Paul Heuberger sich seines ganzen Vermögens entäußerte, um seine Söhne mit ihren Ansprüchen auf Auslieferung des mütterlichen und großelterlichen Erbes zu befriedigen, ohne alle Rücksicht auf seine übrigen Gläubiger, die Kläger; daß 2) hiebei der Schuldner Paul Heuberger sowohl als seine Söhne, die Beklagten, von der damals schon vorhandenen Unzulänglichkeit des Vermögens und von dem Vorhandensein weiterer Schulden, nämlich der klägerischen Forderungen, Kenntniß hatten, und sonach die Zahlung leisteten, beziehungsweise annahmen in dem Bewußtsein, daß hierdurch dem gemeinschaftlichen Schuldner Paul Heuberger die Mittel zur Tilgung seiner Schuld an die Kläger entzogen werden, — so wäre die Klage auf Umstoßung des Auslieferungsactes vom Dezember 1840 dennoch nicht gegründet. Denn es wäre hiezu der Nachweis erforderlich, daß die beklagten Söhne sich einer Gefährde schuldig machten; die Kläger haben aber überall keine Thatsachen angeführt, aus welchen eine solche hervorginge. Es wurde in der Klage nicht etwa behauptet, und auch weder in der Replik noch in der Appellationsbeschwerdeschrift nachgetragen, daß die Ansprüche der Beklagten, welche durch die Vermögensauslieferung vom Jahre 1840 gedeckt wurden, ganz oder theilweise nur vorgespiegelt und erdichtet seien; die Beklagten waren daher auch nicht aufgefordert, die rechtliche Existenz ihrer Ansprüche thatsächlich noch näher zu begründen, und die Richter der vordern Instanzen nicht in die Lage gesetzt, dem einen oder andern Theil eine Beweisauflage hierüber zu machen.

Unter diesen Umständen muß angenommen werden, daß die Beklagten eine rechtliche, völlig wirksame und bereits fällige Forderung an ihren Vater hatten, welche dieser vor dem Ausbruch des Gantes durch Zahlung und Hingabe an Zahlungsstatt tilgte. Mag nun auch der zahlende Vater hiebei insofern in bösem Glauben gehandelt haben, als er alle seine Zahlungsmittel dazu verwendete, seine Söhne mit ihren Ansprüchen zu befriedigen und die Forderungen seiner übrigen Creditoren gänzlich unberücksichtigt zu lassen, so läßt sich doch nicht annehmen, daß die Söhne ebenfalls in bösem Glauben handelten.

Denn wer dasjenige annimmt, was er von Rechtswegen zu fordern hat, macht sich durch

diese Annahme niemals einer Gefährde schuldig, sollte es ihm auch bekannt sein, daß der Schuldner insolvent ist, und daß nach ausgebrochenem Gant nur ein Theil seiner Forderung bezahlt, er also eine Einbuße erleiden würde. Verständigerweise kann man Niemanden zumuthen, sich freiwillig einem Verluste zu unterziehen oder auf die Ausübung eines wohlbegründeten Rechtes zu verzichten, blos um andere vor einem Verluste zu schützen.

Was hier aus der rechtlichen Natur der paulianischen Klage sich von selbst ergibt, ist im römischen Recht ausdrücklich entschieden.

L. 6, §. 7. D. quæ in fraudem creditorum facta sunt (428).

Sciendum, Julianum scribere eoque jure nos uti, ut qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque non esse recipiat, non timere hoc Edictum; sibi enim vigilavit.

L. 24. fin. h. t. Sed vigilavi, meliorem meam conditionem feci; jus civile vigilantibus scriptum est ideo quoque non revocatur id, quod percepi.

Es fehlt also im vorliegenden Falle das rechtliche Erforderniß zur paulianischen Klage, wie es in der badischen Gesetzgebung (L.R.S. 1167 in Verbindung mit Pr.O. §. 796—798) gleichfalls verlangt wird, nemlich eine zur Gefährde des Gemeinschuldners hinzukommende Gefährde der übrigen Vertragspersonen.

Man kann diese Gefährde auch nicht auf die Vorschrift des L.R.S. 2093 gründen, wonach das Vermögen des Schuldners das gemeinschaftliche Unterpfand aller seiner Gläubiger ist, und der Erlös aus dessen Verkauf unter ihnen verhältnißmäßig vertheilt werden muß, so oft nicht rechtmäßige Ursachen (Vorzugs- oder Unterpfandsrechte S. 2094) eintreten, Einen der Gläubiger dem Andern vorgehen zu lassen. Denn diese gesetzliche Bestimmung bezieht sich nur auf den Fall eines gerichtlichen Verkaufes des gemeinschuldnerischen Vermögens behufs der Distribution unter die concurrirenden Gläubiger, die sich nach den im zweiten Kapitel des 19. Titels mit der Ueberschrift „von der Vertheilung des Erlöses unter mehrere Gläubiger" gegebenen Regeln (L.R.S. 2218 ff) zu richten hat. Der Gläubiger aber, der sich vor der Vergantung seine Forderung bezahlen läßt, läßt sich überall keine widerrechtliche Benachtheiligung der übrigen ihm bekannten Gläubiger zu Schulden kommen, weil vorher der Gemeinschuldner der Verwaltung seines Vermögens nicht verlustig war, sondern erst durch den Concurs wird. —

Vrgl. Pr.O. §. 1039 Ziff. 2, §. 1041 mit 788.

Stempf.

IV.

Verjährung der Pfandklage.

L.R.S. 2180.

Zachariä, fr. Civ.R., Bd. II., §. 293, 1, S. 186—188, insbesondere Note 4, S. 187.

Bekk, dingl. Rechte § 29; Brauer, Erläuterungen Bd. IV., S. 228—230, Ziff. 103; Jahrb. II, S. 270.

Philipp Wörner und dessen Ehefrau von Werbach nahmen von der Hospitalverwaltung Tauberbischofsheim am 5. November 1838 ein Kapital von 735 fl. zu $4^{1}/_{2}$ pCt. verzinslich auf, und bestellten der Gläubigerin u. A. ein Viertel 39 Ruthen Acker in der Lachen, angeschlagen zu 150 fl., zu Unterpfand. Dieser Vertrag wurde am 1. August 1833 zum Pfandbuch eingetragen.

Jenes Grundstück kaufte Martin Pfeuffer von Werbach den Wörner'schen Eheleuten am 29. April 1838 ab und ließ den Kauf zum Grundbuch eintragen.

Die Wörner'schen Eheleute waren von der Pfandschuld noch einen Rest von 364 fl. 6 kr. nebst $4^{1}/_{2}$ % Zinsen vom 5. November 1844 an, der Hospitalverwaltung schuldig geblieben.

Auf den Grund der L.R.S. 2114, 2166 ff. belangte nun diese Darleiherin im Jahr 1850 den Beklagten auf Zahlung dieses Restbetrags oder Abtretung von jenem Grundstück ohne Vorbehalt.

Der Beklagte wendete in II. Instanz dagegen ein, daß er zufolge L.R.S. 2265 das Eigenthum an dem erkauften Grundstück in 10 Jahren ersessen habe, damit sei aber nach L.R.S. 2180 die Pfandklage verjährt.

Auf den Grund dieser Einrede wurde die klagende Pfandgläubigerin von großh. Hofgerichte des Unterrheinkreises (III. Senat) aus folgenden

Gründen

abgewiesen.

„In der Klage ist vorgetragen und von dem Beklag-

ten ist zugegeben, daß Beklagter das der Klägerin verpfändete Grundstück am 29. April 1838 von Ph. Wörner's Eheleuten gekauft, und daß im nämlichen Jahre die Transcription dieses Kaufs zum Grundbuch stattgefunden habe. *)

Da die Pfandklage aber erst im Jahr 1850 erhoben worden ist, so erscheinen die zur zehnjährigen Ersitzung des Eigenthums gehörigen Erfordernisse festgestellt, denn daß Beklagter bei Erwerbung des Grundstücks in gutem Glauben gewesen sei, beanstandet der Gegentheil nicht.

Von dem kl. Anwalt wurde zwar geltend gemacht, Beklagter sei zur Zeit des Kaufabschlusses hinsichtlich der Pfandlast nicht in gutem Glauben gewesen, weil ihm das kläger'sche Unterpfandsrecht durch dessen Eintrag im Unterpfandsbuch bekannt gewesen sein müsse. *)

*) „Car le erésneler ne peut perdra ses droits tant que rien ne l'a prevenu qne l'immeuble affecté à sa créance svait été transmis à d'autres. C'est seulement la transcription, qui est supposé l'avoir légalement averti."

Rogron zu Art. 2180.

„Transcrit."

„La transcription n'est ici demsndée que pour avertir les tiers créanciers hypothéquaires, que l'immeuble affecté à leur hypothèque a changé de mains. Malgré alienation le débiteur principal peut continuer à jouir de la chose hypothéquée à titre de location, retention d'usufruit, constitut precaire etc. Il fant donc que la transcription fasse connaître aux créanciers qu'il y a eu alienation, afin qu'ils puissent prendre les mesures necessaires pour interrompre la prescription et conserver leurs droits."

Troplong des privilèges T. II., p. 211, No. 883.

**) Grenier traité des hypothèques T. 2, No. 514 et Delvincourt (Bruxelles) T. 8, p. 208, ist der Ansicht, die bloße Kenntniß des Pfandeintrags hindern den guten Glauben des dritten Erwerbes deßhalb nicht, weil er ja der Meinung sein könne, der Verkäufer werde das Grundstück entlasten; Troplong des priviléges T. II., No. 879, 880, dagegen hält jene Kenntniß (sobald sie dem dritten Inhaber nachgewiesen sei) für hinreichend. Ihm hält der belgische Herausgeber in Note 7 entgegen:

„La loi n'eût pas manqué de s'exprimer autrement, en énonçant que la preseription éteint des hypothèques non inscrites. Dans un système hypothécalce, dont la publicité est la base légale, le tiers acquéreur ne peut jamais alléguer, qu'il aurait ignoré l'inscription existante. Il devait la connaître, parce que la publicité des registres de la conservation des hypothèques n'est établie que pour cela."

Vergl. Duranton No. 315, T. XI., p. 194—196. (Bruxelles.)

Dieser Einwurf erscheint jedoch unerheblich, weil zur fraglichen Verjährung nur erfordert wird, daß der dritte Besitzer des Pfandobjects das Eigenthum an demselben in 10 Jahren ersessen habe, also in Beziehung auf den Eigenthumserwerb in gutem Glauben gewesen sei, dagegen verlangt

L.R.S. 2180

nicht noch besonders auch guten Glauben bezüglich der Pfandlast, vielmehr ist das Gegentheil aus dem Schlußsatze des L.R.S. 2180 (vergl. mit 2244 ff) zu entnehmen. *)

Die Pfandklage ist hiernach verspätet angestellt."

Stempf.

*) Troplong, l. c. p. 210, beruft sich auf den Ausspruch von Pothier:

„Cette prescription, en faisant acquérir au possesseur la propriété de la chose, lui fait acquerir aussi la liberation des charges réelles et des hypothèques dont il n'a pas en connaissance;"

und folgert daraus:

„Que la connaisance de l'inscription ou de l'hypothèque, au moment du contrat, empécha la bonne foi requise pour prescrire."

„La bonne foi nécessaire au tiers détenteur qui prescrit, consiste dans la croyance que le bien par lui acquis est franc et libre d'hypothèque."

„Il suffit que la bonne foi ait existé au moment de l'acquisition.

Art. 2269 C. c.

Peu importe qu'elle cesse ultérieurement."

„La bonne foi se suppose toujours et, pour établir qu'il y a mauvaise foi le créancier doit prouver que le tiers détenteur a eu connaissance des inscriptions au moment de l'acquisition."

„On est toujours présumé ignorer des hypothèques légales qu'on omet d'inscrire."

No. 879—882.

Troplong beruft sich hierbei auf die gleiche Ansicht von Dalloz. Vo: „Hypothèques" Chap. II. Sect. IX., No. 14 ff. T. 17. p. 501. (Bruxelles) Mit ihm sind der Ansicht, daß bona fides non solum quoad dominium fundi sed et quoad créditorem hypothecarium nöthig sei:

Vszeille traité des prescr. No. 514.

Delvincourt ad Art. 2180. (Bruxelles) T. 8. p. 208.

Grenier traité des hypothèques II., 515.

Vergl. Sirey XXXI., II., 265.

XXXV., II., 248 Cit.

Dagegen wird die Ansicht, daß die Pfandklage gegen den dritten Besitzer in 10 Jahren verjähre, wenn dieser nur in Beziehung auf den Eigenthümer sive quoad dominium usucapiendum in bona fide war, von Duranton (Bruxelles) T. 11, p. 194—196,

V.

Was sind Staatsanstalten im Sinne des zweiten Constitutionsedicts, Regierungsbl. 1807, No. 26, §. 10?

Haben dieselben das Unterpfandsrecht des L.R.S. 2135 am Vermögen der für sie bestellten Verwalter?

Die Freiherren Johann Georg und Georg Anton Grechtler stifteten zu Wien am 31. März 1780 ein Kapital von 30,000 fl. mit der Bestimmung, daß die Zinsen davon zunächst deren im Stiftungsbrief bezeichneten Verwandten bis zu einem gewissen Grade, sodann in deren Abgang den Armen in Mahlberg und Kippenheim ohne Unterschied der Religion jährlich ausgefolgt werden sollen. Sie stellten diese Stiftung, deren Verwaltung und Genußaustheilung unter einem fortwährenden Vorstand unter Oberaufsicht des Landesherrn von Baden, welchem sie als obersten Schutzherren die jeweilige Ernennung der drei Vorstandsmitglieder, wie auch die Bestimmung ihrer Salavirung überließen. Unterm 6. Juli 1780 erhielt die Stiftung die Staatsgenehmigung, auch wurde für sie ein eigener Rechner aufgestellt. Im Jahr 1841 erhielt August Heidegger von Mahlberg mittelst Regierungsverfügung die Stelle als Vorstand und Rechner der Grechtler'schen Stiftung; es entstund im Laufe seiner Verwaltung ein Rezeß von 1641 fl., welchen die Stiftung in der im Jahr 1847 ausgebrochenen Gant gegen den Rechner anmeldete mit Vorzug nach Analogie der Staatsrechner, eventuell mit Unterpfandsrecht nach L.R.S. 2135 i; jedenfalls vor der Cridarischen Ehefrau, deren Pfandrecht erst nach dem Jahr 1841 entstanden.

Das Amt wies die Forderung in 5. Klasse; das großh. Hofgericht des Oberrheinkreises, wohin die Appellation gerichtet war, erkannte aber abändernd, und wies die Forderung in 3. Klasse mit Vorrang vom 25. Nov. 1851, somit vor der cridarischen Ehefrau mit folgender Begründung:

„Die von Grechtler'sche Stiftung ist eine Lokalstiftung zur Unterstützung armer Familienangehöriger der Stifter und in zweiter Reihe zur Unterstützung armer und bedürftiger Einwohner von Kippenheim und Mahlberg. Sie ist daher, wenn auch eine analoge Anwendung der Vorzugsrechte des Staats gegen seine Rechner nicht statt findet, doch eine Staatsanstalt im Sinne des zweiten Konstitutionsedicts, Rggsblt. von 1807 No 26, §. 10; kann also die in L.R.S. 2121 den Minderjährigen und den Staatsanstalten verliehenen Unterpfandsrechte für sich geltend machen (§. 11 des zweiten Constitutions-Edicts) und bedarf zu deren Bewahrung, nach L.R.S. 2135 keiner Eintragung zum Unterpfandsbuche. Die Institute zur Armenversorgung verfolgen nämlich Staatszwecke im weiteren Sinne, und werden deßhalb im Allgemeinen in dem zehnten Organisationsedikte **VII.** zu den Staatsinstituten gezählt. Es tritt bei ihnen auch der Grund des gesetzlichen Unterpfandsrechtes der Gemeinden, Körperschaften und Staatsanstalten ein, indem sie ebenfalls ihr Vermögen nach der Natur der Sache einer Verwaltung überlassen müssen. Brauer, Band IV., S 176."

Auf erhobene Oberappellation erkannte zwar das großh. Oberhofgericht die Grechtler'sche Stiftung ebenfalls als eine Staatsanstalt, gewährte ihr aber weder ein Vorzugsrecht noch Analogie der Staatsrechner, noch ein Unterpfandsrecht in 3 Klasse mit folgender Begründung:

„Es steht aber auch der von Grechtler'schen Stiftung selbst dann, wenn man sie mit dem großh. Hofgericht als eine Staatsanstalt im Sinne des L R S 2121 betrachten, und ihr hiernach das gesetzliche Unterpfand dieses Landrechtsatzes beilegen will, kein Vorrang vor der in die dritte Klasse fallenden Ersatzforderung der cridarischen Ehefrau zu, weil die von Grechtler'sche Stiftung dieses ihr angebliches gesetzliches Unterpfandsrecht in das Pfandbuch nicht hat eintragen lassen, und sie somit höchstens ihre Befriedigung in 4. Ordnung, also jedenfalls erst nach der cridarischen Ehefrau mit Recht ansprechen könnte. Dies folgt aus den L.R.S. 2134 und 2135 in Verbindung mit den L.R.S. 2113 und 2218 No. 4.

Das großh. Hofgericht ist zwar der Ansicht, der von Grechtler'schen Stiftung stünde die Eintragsfreiheit ihres gegen ihren Rechner geltend gemachten gesetzlichen Unterpfandsrechts zur Seite. Dieses ist aber nach der ausdrücklichen Vorschrift des schon allegirten L R S. 2134 und 2135 nicht der Fall, wornach nur die gesetzlichen Unterpfandsrechte, welche nach L.R.S. 2121 den Minderjährigen und Mundlosen, so wie den Ehefrauen zustehen, von aller Eintragung unabhängig sind, eine gleiche Begünstigung aber, die als Ausnahme von der Regel des L R.S. 2093

No. 315, und von Zachariä vertheidigt, welcher hervorhebt, die Verjährung der Pfandklage sei eine Verjährung in der eigentlichen Bedeutung, eine prescriptio nicht acquisitiva, sondern extinctiva.

nur in einem ausdrücklichen Ausspruch des Gesetzes ihre Begründung finden könnte, allen übrigen gesetzlichen Unterpfandsrechten des L.R.S. 2121 nicht beigelegt ist. Bekk, dingliche Rechte S. 128, Note *). Archiv für badische Rechtspflege II., S. 412. Oberhofgerichtliche Jahrbücher 18⁴²/₄₃, S. 21 und 22, sowie Gilbert Cod. civ. annoté zu Art. 2121 Note 53. Troplong com. d. priv. et hypoth. Brüsseler Ausgabe von 1844 Band I., No. 431, S. 401.

Die in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen hervorgehobene Erwägung, daß §. 11 des 2. Constitutions-Edicts von 1807 den Staatsanstalten die Rechte der Minderjährigen gewähre, kann nach §. 18 des 1. Einführungsedicts zum Landrecht die behauptete Eintragsfreiheit schon deßhalb nicht begründen, weil eine solche Anwendung des älteren Constitutionsedicts geradezu der bestimmten, und durch sich allein entscheidenden Verfügung des späteren Landrechts in den Sätzen 2134 und 2135 entgegen wäre.

VI.

Macht die gegen einen Sammtschuldner ausgebrochene Gant die Sammtschuld allen Sammtschuldnern gegenüber fällig?

Diese in der Praxis noch immer nicht gleichförmig entschiedene Frage wurde in dem Rechtsfalle Privatleihkasse Stubersheim gegen Altvogt Grießer in Erzingen vom oberrheinischen Hofgerichte durch Urtheil vom 30. April 1851 verneinend beantwortet aus folgenden Gründen:

Derjenige, welcher sich als Bürge und Selbstschuldner verschreibt, wird nach L.R.S. 2021 a. Sammtschuldner, und die Wirkungen seiner Verpflichtung richten sich gemäß L.R.S. 2021 nach den Regeln der Sammtverbindlichkeit.

Nach diesen Regeln aber haben die Ereignisse, welche den einen Sammtschuldner treffen, und die Handlungen, welche dieser vornimmt, auf den anderen keine weitere Wirkung, als in dem Vertrage bestimmt oder im Allgemeinen durch das Gesetz angeordnet ist. Es ist dieses eine Folge des Grundsatzes, daß Niemand durch die Handlung eines Anderen gegen seinen Willen belastet werden kann. Nemo ex alterius facto prægavari debet. Pothier, traité des oblig. No. 236, L.R.S. 1165. Der Beklagte hat sich nun nur verbindlich gemacht, in 10 Jahreszielern die Schuld zu bezahlen; er ist also an und für sich nicht schuldig, vor dem jeweiligen Verfalltage zu zahlen. L.R.S. 1201, 1186.

Die Gant des anderen Sammtschuldners ist ein Ereigniß, welches in dem Vertrage, worin der Beklagte sich verbindlich machte, nicht vorausgesehen, und wofür also auch keine besondere Verabredung getroffen wurde. Solche Veränderungen der Umstände, die nicht in dem Vertrage vorgesehen sind, können keinen Einfluß auf die vertragsmäßigen Rechte und Pflichten üben. Analog L.R.S. 1234 a. Die gesetzlichen Bestimmungen über die Sammtverbindlichkeit der Schuldner, L.R.S. 1200 fgde., enthalten nichts darüber, daß die Gant des einen Schuldners, welche nach L.R.S. 1188, A.S. 215 und §. 835 der Pr.O. auch die betagten Schulden gegen diesen fällig macht, die gleiche Wirkung auch gegen den anderen Sammtschuldner habe. Alle ähnlichen Bestimmungen, z. B. L.R.S. 1206, 1207, dürfen nach dem oben angeführten Grundsatze nicht ausdehnend auch auf diesen Fall angewendet werden.

Brauer ad art. 215, Band IV., S. 533, Zachariä Handbuch, II. Band, §. 298, S. 213, No. 18, Duranton, Band VI., No. 119.

Malville ad art. 1188. Delvincourt tom. II., pag. 704, ad art. 1201. Oberhofgerichtliche Jahrbücher 1847/48, §. 189.

Wenn nun auch nach L.R.S. 1216 verfügt ist, daß diejenigen von mehreren Sammtschuldnern, welche das Geschäft eigentlich angeht, nur als Bürgen desjenigen Sammtschuldners zu betrachten seien, den das Geschäft allein angeht, und ferner im vorliegenden Fall allerdings der Cessionär nur eine fremde Schuld übernahm (also nicht mit dem anderen Sammtschuldner zugleich die Schuld aufnahm), so erhielt der Beklagte die Eigenschaft eines Bürgen doch nur in Beziehung auf den anderen Hauptschuldner, nicht aber auch in Beziehung auf den Gläubiger. Wenn diesem dadurch die Vortheile entgehen, die er aus dem Verhältniß der Bürgschaft etwa hätte ableiten können, so sind ihm dagegen dadurch andere erwachsen, daß der Cessionär seine gesetzliche Haftbarkeit, L.R.S. 1693, 1694, 1630 so sehr erweiterte, daß er sich als Sammtschuldner für den Nennwerth der ganzen Forderung verpflichtete."

Die angezeigte Oberappellation wurde nicht ausgeführt.

VII.

Erfordernisse eines unbedingten Befehls.

Es kam die Frage vor, ob eine im Inlande ausgestellte und später durch einen ausländischen (d. h. zwar deutschen aber außerbadischen) Notar beglaubigte Privaturkunde nach § 702 der Pr.O. zur Einwirkung eines unbedingten Befehls geeignet sei? Diese Frage wurde verneint, weil vorerst nach §. 440 der Pr.O. die Legalisation einer inländischen öffentlichen Behörde erforderlich wäre, um der Beglaubigung des ausländischen Notars das Merkmal der Aechtheit und sicheres Datum zu verleihen; es liege sonach in der That nur eine Privaturkunde vor, welche wegen mangelnden Beweises ihrer Aechtheit zur Rechtfertigung eines unbedingten Befehls nicht hinreiche. Schmidt, Civilprozeß III., S. 154, §. 201 Note 14. Die Erfordernisse des §. 702 der Pr.O. seien überdies streng und wörtlich zu nehmen, weil der Mandatsprozeß eine Ausnahme von dem ordentlichen Gerichtsverfahren sei.

Martin, bürgerl. Proc. §. 234.

Jahrbücher n. F. II. 371.

Der Unterrichter hatte den §. 440 der Pr.O. durch den §. 4 der Grundrechte (Rggsblt. v. 1849, No. II., S. 14) des Inhalts:

„Kein deutscher Staat darf zwischen seinen Angehörigen und anderen Deutschen einen Unterschied im bürgerlichen, peinlichen und Prozeßrechte machen, welcher die letzteren als Ausländer zurücksetzt"

als stillschweigend abrogirt angesehen und deshalb den unbedingten Befehl ertheilt. Obgleich nun damals die Grundrechte noch nicht außer Wirksamkeit gesetzt waren, so wurde doch dem §. 4 derselben in letzter Instanz keine Anwendbarkeit auf den vorliegenden Fall gestattet, weil es an den Voraussetzungen dazu gebrach, indem beide Theile — der Schuldner wie der Gläubiger — badische Staatsbürger sind, während der §. 440 der Pr.O. — fern von allen politischen Rücksichten — die Beglaubigung fordert, um die Aechtheit der Urkunde außer Zweifel zu stellen. Der unbedingte Befehl soll ohne vorgängiges Gehör des Beklagten ergehen. Zur Begründung eines solchen sind Privaturkunden nur darum unzureichend, weil zur Herstellung ihrer Aechtheit eine vorgängige Vernehmung des Impetraten erforderlich sein würde. Da nun die badischen Gerichte die Beglaubigungen ausländischer Notare oder anderer Behörden nicht kennen und nicht kennen müssen, so ist deren Verification durch eine inländische Autorität, welche sie kennt, ein nothwendiges Erforderniß im unbedingten Mandatsprocesse.

D. R.

Anzeige.

Mit der Nummer 52 wird der XVIII. Jahrgang dieser Zeitschrift geschlossen.

Wer sich auf den XIX. Jahrgang zu abonniren wünscht, beliebe die Bestellung, welche bei allen Postämtern und Buchhandlungen des Großherzogthums angenommen wird, recht bald zu machen, damit in der Zusendung kein Verzug entsteht.

Der Preis für das Semester beträgt unverändert 2 fl. 30 kr.

Buchhandlung von J. Bensheimer in Mannheim.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. No. 51. Mannheim, 20. Dezember 1851.

I.

Die Verbrechen des neuen Strafgesetzbuches, Begriff und Thatbestand.

(Fortsetzung.)

XXII.

§. 56.

Vom Betrug. (Tit. XXXI. des Str G.B.)

Der Betrug (im engern Sinne) gehört, wie der Diebstahl, die Unterschlagung rc. in die Klasse der gemeinen Privatverbrechen, welche gegen das Eigenthum gerichtet sind, und die Verbrechen öffentlicher Diener, sodann jene Uebertretungen, welche den Staat und die öffentliche Ordnung unmittelbar berühren, zum Gegensatze haben, während er sich von den übrigen gemeinen Privatverbrechen dadurch unterscheidet, daß diese eine strafbare Verletzung anderer Güter: des Lebens, der Ehre rc. enthalten.*)

Begriff.

Man kann denselben als die durch arglistige a) Entstellung oder b) vorsätzliche Vorenthaltung der Wahrheit mit Verletzung einer besonderen Rechtspflicht — aus Eigennutz, Rachsucht oder Bosheit, verübte Täuschung und Verleitung Anderer zu einer ihr Vermögen beschädigenden Handlung oder Unterlassung — bezeichnen.**)

Es kömmt diese Täuschung auch bei andern Verbrechen zum Vorschein und zwar als wesentliches Erforderniß ihres Thatbestandes, z. B. in dem Falle des §. 336, oder als Mittel zur Begehung oder zur Verdeckung derselben.

Die bisherige Praxis hat den Betrug milder, als den Diebstahl, und die Unterschlagung milder als den Betrug behandelt. Das neue Strafgesetzbuch bedroht den Betrug und die Unterschlagung mit gleicher Strafe.

Daß dem Betrüger ein größeres Feld für seine Wirksamkeit offen steht, als dem Diebe und demjenigen, der sich der Unterschlagung schuldig macht, ergibt sich schon aus der Betrachtung, daß auch Liegenschaften und unkörperliche Sachen seinem Angriff ausgesetzt sind.

Die strafrechtlichen Bestimmungen über den Betrug zerfallen in allgemeine und besondere. Die Wahrnehmung, die wir bei der Unterschlagung und Fälschung gemacht haben, wornach auf den Grund der Aehnlichkeit (Verwandtschaft) Fälle in ein Gebiet gezogen werden, dem sie — streng genommen — nicht angehören, wiederholt sich auch hier.

A. Vom Betruge überhaupt.

§. 450. „Wer außer den Fällen der Fälschung (Titel XXX.) einen andern aus gewinnsüchtiger Absicht durch arglistige Entstellung der Wahrheit, oder durch vorsätzliche Vorenthaltung der Wahrheit, mit Verletzung einer besonderen Rechtspflicht, wissentlich zu einer das Vermögen desselben beschädigenden Handlung, oder Unterlassung verleitet, verfällt rc."

§. 458. „Die betrügliche Beschädigung eines Andern in seinem Vermögen aus Bosheit, oder Rachsucht, ohne gewinnsüchtige Absicht, wird rc."

Thatbestand.

In Gemäßheit dieser beiden §§. dürften die Merkmale des Betruges, welche das Verbrechen in seinem legalen Umfange darstellen, darin bestehen:

Erstens: Gegenstand des Betruges sind unbewegliche und bewegliche, körperliche und unkörperliche Sachen.

---

*) Escher a. a. O. über die Eintheilung der Verbrechen nach dem materiellen und formellen Gesichtspunkt und über den Unterschied des Betruges von andern Verbrechen. — S. 219 und ff.

**) v. Feuerbach a. a. O. §. 411, Note II. des Herausg.

Zweitens: Der nächste Zweck desselben ist: die Verleitung eines Andern zu einer sein Vermögen beeinträchtigenden Handlung oder Unterlassung; der entferntere oder Hauptzweck a) die Erzielung eines widerrechtlichen Gewinnes, oder b) die Beschädigung des Andern. Hiezu kommen

Drittens: Vorspieglungen oder Veranstaltungen, wodurch der wahre Sachverhalt a) auf arglistige Weise entstellt, und auf das Erkenntnißvermögen des Andern zur Erreichung der verbrecherischen Zwecke eingewirkt wird, oder auch b) blose vorsätzliche Vorenthaltung der Wahrheit, insofern damit zugleich eine besondere Rechtspflicht verletzt wird, als Form.

Viertens: Eigennutz, Bosheit oder Rachsucht als Motive der That.

Fünftens: Wirkliche Beschädigung des Vermögens. (Merkmal der Vollendung.)

Jede Beschädigung des Vermögens eines Andern ist eine unrechte That (L.R.S. 1382), gleichviel, ob durch eigenmächtige Besitzergreifung, durch Wort- und Treubruch in Vertragsverhältnissen oder durch Gewalt und Täuschung verursacht.

Aber nicht jede Verletzung der Vermögensrechte ist strafbar, sondern nur diejenige, welche das Gesetz mit Strafe bedroht hat. *)

Die Täuschung, wenn sie als Betrug bestraft werden soll, muß der Handlung, zu welcher der Getäuschte verleitet, und durch welche er in seinem Vermögen beschädiget wird, vorausgehen. Sie muß in arglistigen Vorspiegelungen oder Veranstaltungen bestehen, welche geeignet sind, irrthümliche Vorstellungen in Andern zu erwecken, und einen dem Zwecke der Täuschung entsprechenden Einfluß auf ihre Willensbestimmung auszuüben. **)

*) Escher a. a. O. §. 53, 82 und 96. — Das Civilrecht (L.R.S. 1383) macht bezüglich auf die Verbindlichkeit zum Schadensersatz keinen Unterschied zwischen Dolus und Culpa lata. Die grobe Fahrlässigkeit ist dem bösen Versatz gleichgestellt. Das Strafrecht bedroht gleichwohl nur die dolose Beschädigung mit Strafe.

**) „Die Wahrheitsentstellung muß auf einer hinterlistigen Veranstaltung, auf Truglünsten und Täuschungsmitteln beruhen, die in dem Verhältniß zu dem Beeinträchtigten geeignet sind, dessen Erkenntnißvermögen zu bestimmen, die falsche (das „falsch" wird hier als gleichbedeutend mit: „wissentlich unwahr" genommen) Darstellung für wahr zu halten.

Aschbach a. a. O. §. 21.

Ein solcher Zusammenhang zwischen der Täuschung und ihrem Erfolg ist vorhanden, wenn der Getäuschte — das Vorgegebene als wahr voraussetzt (beziehungsweise in Folge der Unkenntniß jener Wahrheiten, die man ihm vorenthält) — nicht umhin konnte, anders zu handeln, ohne sein eigenes, wirkliches oder wenigstens vermeintes Interesse zu vernachlässigen, oder eine rechtliche oder moralische Verpflichtung zu verletzen; die Handlung, welche er in Folge der Täuschung vornahm, sich also wirklich als eine durch List (Arglist, Hinterlist) ihm abgenöthigte darstellt.

Zur Vollendung gehört nicht nur das mögliche, sondern das wirkliche Eintreten der Beschädigung des Getäuschten. *)

Besteht die Täuschung in dem blosen Vorenthalten der Wahrheit, welche schon nach den allgemeinen Bestimmungen unseres Strafrechtes nur in der Voraussetzung ihrer Vorsätzlichkeit als strafbar betrachtet werden kann (§. 102 des Str.G.B.), so bedarf es der Nachweisung des Bestandes eines besondern Rechtsverhältnisses zwischen dem Thäter und dem Getäuschten, welches dem ersten die Angabe der Wahrheit zur Pflicht macht. **)

*) Motive zu §. 409 des Entw. S. 125. „Denn erst mit diesem Moment findet eine Veränderung in der Erscheinungswelt statt, bei der Fälschung ist sie dagegen bewirkt, sobald der Fälscher die falsche Urkunde gefertigt, oder die ächte verfälscht und davon Gebrauch gemacht hat. In Fällen des Betrugs ist daher der zugefügte Schaden Hauptstrafausmessungsgrund, wie bei dem Diebstahl."

**) Im Civilprozesse ist die Vorenthaltung der Wahrheit oft das einzige Mittel, wodurch die Partei ein schreiendes Unrecht von sich abzuwenden vermag. Wer wird es nicht verzeihlich finden, wenn der von den Erben seines Gläubigers belangte A. den Empfang des ihrem Erblasser längst rückbezahlten Darleihens läugnet, weil er die Einrede der Zahlung nicht beweisen kann? Das Gesetz erlaubt ihm, die Klagefacten zu widersprechen. Darauf, was die Moral dazu sage, kömmt es nicht an. Gäbe es auch im Allgemeinen ein Recht der Parteien auf Wahrheit im Civilprozesse, so fehlt es (abgesehen von dem verbrecherischen Zwecke und der gewinnsüchtigen Absicht) an einem besondern Rechtsverhältniß zwischen dem Thäter und dem Beschädigten, welches der Anwendung des §. 450 auf einen solchen Fall Eingang zu verschaffen geeignet wäre. Aus demselben Grunde ist es kein Betrug, wenn mir der Verkäufer einer Sache die verborgenen Mängel derselben nicht angibt.

Vergl. Escher a. a. O. S. 206—210.

Anders verhält es sich mit der Frage: ob und in wie weit es rathsam sei, den nicht seltnen Versuchen der Anwälte, der Partei, welche sie vertreten, durch Entstellung der Wahrheit oder geflissentliches Ablängnen bekannter Thatsachen zu dienen, entgegenzuwirken?

Setzen wir den Fall: A. gibt seinem Buchhalter die Summe von 100 fl., um eine Schuld damit abzutragen. Der Buchhalter vollzieht den Auftrag, unterläßt es jedoch, die Zahlung in die Bücher einzutragen. Sein Principal bemerkt dieses, allein er hat den frühern Vorgang rein vergessen, und wiederholt den Auftrag, weil der Buchhalter, welcher ihn seiner Stellung gemäß an das Vorgefallene erinnern sollte, die bereits erfolgte Befriedigung des Gläubigers verschweigt, um jene Baarschaft sich selbst zuzueignen.

In diesem Falle besteht allerdings ein besonderes Rechtsverhältniß zwischen demjenigen, der die Wahrheit vorenthält, und demjenigen, welcher durch das Vorenthalten derselben beschädiget wird.

Es ist endlich noch weiter nothwendig, daß sich zu der Täuschung (Hintergehung des Andern) die **gewinnsüchtige Absicht**, oder, in Ermanglung derselben, die Absicht, den Andern zu **beschädigen**, geselle.

Dabei wird es gleichgültig sein, ob die letztere auf der Rachsucht, oder auf andern sittengesetzwidrigen Neigungen beruht, da der Ausdruck: „**Bosheit**" sie sammt und sonders in sich schließt, und der Rachsucht nur deßhalb besonders erwähnt zu sein scheint, weil sie bei Beschädigungen ohne Gewinnsucht am häufigsten vorkömmt.

Die Wahrheit kann übrigens durch Begehungs- und Unterlassungshandlungen vorenthalten werden.

Nach dieser Entwicklung des Begriffes ist es kein Betrug

a) wenn ich durch Täuschung den Andern bestimme, eine mir entwendete Sache zurückzugeben, oder eine vertragsmäßig übernommene klagbare Verbindlichkeit zu erfüllen (Escher a. a. O. S. 205.);

b) wenn das Mittel, dessen ich mich zur Verleitung eines Andern bediene, in einer erlaubten Handlung besteht, wenn ich z. B. den Erben meines Gläubigers den Empfang des Darleihens abläugne, oder dem Kläger zum Beweise der Einrede der Zahlung den Haupteid zuschiebe, weil ich weiß, daß er die Marotte hat, in Privatangelegenheiten nicht schwören zu wollen, und wenn ich durch dieses erlaubte Manövre einen Gegner bestimme, die weitere gerichtliche Verfolgung einer ungerechten Sache aufzugeben;

c) wenn ich die Leichtgläubigkeit oder Schwäche Anderer zu meinem Vortheile ausbeute, ohne mein wahrheitswidriges Benehmen oder Vorgeben mit dem Scheine der Wahrheit zu umgeben, um solchergestalt eine irrige Vorstellung bei Andern zu erzeugen, wenn ich z. B. meine Geschicklichkeit, meine Waaren rc. im Allgemeinen anpreise u. dgl. *);

d) wenn die Täuschung nicht als Mittel, den Andern zu einer sein Vermögen beschädigenden Handlung zu verleiten, sondern als Mittel zur Begehung eines andern gegen das Eigenthum gerichteten Verbrechens angewendet wird. Z. B. A. ersucht den B., ihm eine Banknote auszuwechseln; dieser begibt sich mit der erforderlichen Baarschaft versehen zu A., um den verabredeten Handel in's Reine zu bringen. In der Wohnung des A. angekommen, wird jedoch B. von A. gewaltthätig angefallen und seiner Baarschaft beraubt. Es ist kein Betrug, wenn

e) die Täuschung keinen Angriff auf das Vermögen des Getäuschten, sondern auf andere Güter desselben — z. B. auf die Ehre, Gesundheit rc. **) desselben enthält; wenn

f) mit der Täuschung des Andern nicht die gewinnsüchtige Absicht, oder wo diese fehlt, die Absicht, die Rachsucht oder eine andere unsittliche Neigung (böse Leidenschaft) zu befriedigen, zusammentrifft; wenn ich

g) meinem Gläubiger, statt eines ächten, einen fal-

Man vergleiche hierüber: **Stabei**, Abhandlung über Wahrheit und Lüge im Civ.Proz.

(Oberhofger. Jahrb. neue Folge, 10. Jahrgang 18⁴⁷/₄₈, erste Hälfte S. 1—25.)

Meine Schrift über die Mängel des Advokatenstandes, J. 1811. Freiburg, in der Herder'schen Buchhandlung. S. 34—39, §. 15.

M. vergl. die §§. 274—276 der Pr.O., betreffend die Strafe der Arglist im Vertrage der Parteien oder ihrer Anwälte.

*) Man darf den Unterschied zwischen **Lügen** und **Betrügen** nicht übersehen. Der Gewerbsmann, welcher so tief in Schulden steckt, daß er sich nicht zu helfen weiß, **lügt**, wenn er 1000 fl. mit der Versicherung aufnimmt, daß es ihm nicht schwer fallen werde, das Kapital nebst Zinsen in kurzer Zeit wieder heimzuzahlen.

Wer aber die Zurückgabe eines Capitalbriefes dem Schuldner, der ihn vollständig befriediget hat, vorenthält, um mittelst Verpfändung dieses werthlosen Gutes einen Dritten zu einem bei der Mittellosigkeit des Pfandbestellers offenbar verlorenen Darleihen zu verleiten, **betrügt** den Andern. Die Beschädigung des Darlehens ist in diesem Falle nicht das Resultat der Leichtgläubigkeit oder eines unbegrenzten Vertrauens in die Ehrenhaftigkeit der Person, mit welcher man sich in ein Rechtsgeschäft einläßt; sie ist vielmehr die Folge einer durch planmäßige Nachstellung und Anwendung von List in ihm erzeugten Irrthums, sie ist das Werk einer Schlauheit und Schlechtigkeit, zu welcher man sich gegen Andere nicht einmal versehen darf, ohne sie schwer zu beleidigen.

M. vergl. Escher a. a. O. §. 180 und 204 und ff.

**) Ueber die betrügliche Verleitung zur Ehe vergl. den §. 474 des Str.G.B.

schen Schmuck versetze, um ihn zur Bewilligung eines Zahlungsanspruches bezüglich auf ein mir ohne Versicherung gemachtes Darleihen zu bewegen, vorausgesetzt, daß ich bereits zahlungsunfähig bin;

h) wenn der Täuschung bloser Muthwille oder Scherz zu Grunde liegt; oder

i) wenn sie auf eine Weise bewirkt wird, welche sie unter den gesetzlichen Begriff der Fälschung stellt.

Die §§. 378, 379, 388—394, 477, 482 und 483 gelten auch von dem Betruge. (§. 457 des Str.G.B. vergl. §. 43 und 44 d. Schr.) *)

§ 57.

B. Vom Betruge bei Verträgen.

a) Im Allgemeinen.

Der Gesetzgeber hat in Erwägung, daß sich Schlauheit, Verschlagenheit, List und Verstellung von dem Verkehre, insoweit sich Verträge als die Formen desselben darstellen, nicht ausschließen lassen; daß hier (zumal bei Bilateralcontracten) der Vortheil des einen meist mit einem Uebervortheilen des andern verbunden ist; daß insbesondere die Gränzen der erlaubten und der strafbaren Täuschung bei Verträgen oft unmerklich in einander fließen, daher eine beklagenswerthe Verwirrung und Stöhrung im Handel und Wandel entstehen müßte, wenn man sich nicht entschließen könne, einerseits von der Strenge in der Beurtheilung solcher Fälle abzugehen, andererseits dagegen die Voraussetzungen der Strafbarkeit betrügerischer Uebervortheilung bei der Abschließung von Verträgen näher zu bestimmen, um dem so leicht in Willkühr ausartenden richterlichen Ermessen angemessene Schranken zu setzen, verordnet:

> §. 452. „Wegen Uebervortheilung bei Abschließung von Verträgen tritt, auch beim Dasein der Voraussetzungen der §§. 450 und 451, die Strafe des Betrugs nur ein:
>
> 1) wenn der eine Theil die Eingehung des Vertrags nur als Täuschungsmittel gebraucht hat, bei einseitigen Verträgen, um sich den Vertragsgegenstand mit Beschädigung des Andern, und bei doppelseitigen Verträgen, um sich die in der bedungenen Leistung des Andern bestehenden Vortheile, ohne die bedungene Gegenleistung, betrüglich zuzueignen, und solche Zueignung wirklich erfolgt ist; oder
>
> 2) wenn die Uebervortheilung durch eine vorsätzliche Täuschung der Art, daß sie nach dem bürgerlichen Rechte Richtigkeits- oder Entschädigungsklagen begründet, unter Umständen bewirkt worden ist, aus denen hervorgeht, daß der Täuschende sich zugleich den Entschädigungsansprüchen des Andern zu entziehen sucht, oder daß er doch sein Unvermögen zur Entschädigungsleistung bei künftiger Erhebung jener Klagen vorausgesehen haben müsse.“ *)

---

*) Die Zurückgabe der Sache oder die Ersatzleistung, wenn sie aus freiem Antriebe vor obrigkeitlichem Einschreiten geschieht, wirkt das Herabsetzen der Strafe auf ⅓. (§. 470 des Str.G.B.) Vergl. den §. 395, betreffend die Wiedererstattung des Entwendeten.

*) Commissionsbericht der 2. Kammer S. 25. „Bei Verträgen muß eine weise Gesetzgebung das Gebiet des strafbaren Betruges nothwendig sehr beengen. Hier liegt es schon in der Natur der Sache, daß Jeder dem Andern das Uebereinkommen von der vortheilhaftesten Seite darzustellen, die schöne Seite herauszukehren, die schlechte zu verstecken sucht. Es ist ein Kampf um den größeren Gewinn, worin die Gabe der Darstellung und Ueberredung zum Siege führt. Jeder sucht den Werth seiner Sache zu erhöhen, jenen der Sache des Andern herunterzusetzen und seine Beweggründe zum Handel zu verbergen. Wer nur einige Erfahrung hat, kennt dieses als Handelsgebrauch, er muß sich hiernach zu benehmen wissen, er muß darauf gefaßt sein, jeden Vertrag als ein Wagniß auf Gewinn und Verlust anzusehen. Wollte man nun hier Entstellung der Wahrheit und gar Vorenthaltung der Wahrheit stets bestrafen, so würde dieses dem Verkehr alles Leben entziehen — die Gerichte unter der Masse der Untersuchungen ersticken.“ Es ist (bemerkt der Berichterstatter S. 26 unter Beziehung auf verschiedene Entwürfe deutscher Strafgesetzbücher neuerer Zeit) „eine schwierige Aufgabe für die Gesetzgebung, hier die rechte Mitte zu finden, nicht zu viel und nicht zu wenig zu thun.“ „Die Ansicht ist wohl die richtigste, daß die Gesetzgebung nur nach leicht erkennbaren, und die strafbare Verschuldung sicher begründenden Merkmale die strafbaren Betrügereien bei Verträgen ausscheiden und mit Bezeichnung der Hauptfälle nur das in das Strafgebiet ziehen dürfe, wobei über die dem Speculationsgeist herkömmlich bewilligte Abweichung von der Wahrheit und Versteckung derselben zur Erlangung von Vertragsvortheilen hinausgeschritten, wo die Eingehung des Vertrages nur als Täuschungsmittel gebraucht wurde, um eine wirkliche Beschädigung des Andern an seinem Vermögen durchzuführen. Diese Ansicht liegt dem Entwurf zu Grunde, und die Commission kann sie nur billigen, indem so der bürgerliche Verkehr nicht zu sehr belästiget, der Strafrichter nicht mit Geschäften erdrückt und doch auch der Verkehr gegen die eigentlichen Spitzbuben gehörig gesichert ist.

Der Berichterstatter hat diesen §. des Gesetzbuches mit einer Aufmerksamkeit behandelt, welche nichts zu wünschen übrig läßt. Ich beschränke mich darauf, das, was er S. 27 u. 28 des Berichtes zur Erläuterung desselben anführt, wörtlich aufzunehmen:

„Die erste Abtheilung des Paragraphen bezeichnet die Fälle, wo der betrügerische Zweck in der vertragswidrigen Zueignung des Vertragsgegenstandes besteht, und drückt dabei aus, daß dieses sowohl bei einseitigen als bei doppelseitigen Verträgen unter bestimmten Voraussetzungen strafbar sein solle. Es sind dieses folgende:

a) Bei einseitigen Verträgen muß von dem Uebertreter das Eingehen des Vertrages darauf berechnet sein, sich den Vertragsgegenstand mit Beschädigung des Andern zuzueignen, während er die Pflicht hatte, den Gegenstand wieder zurückzugeben, oder doch dafür Ersatz zu leisten. Hierher gehören z. B. folgende Fälle:

C. spiegelt dem D. vor, daß er verreisen müsse, und bittet ihn, ihm sein Pferd zu leihen, womit er, wie er gleich Anfangs im Sinne hatte, durchgeht. F, der keinen Kreuzer im Vermögen und eben so wenig zu hoffen hat, nimmt von G. ein Darlehen auf, in der Absicht, dieses durchzubringen und den F darum zu prellen.

Dagegen fallen nicht unter diese Strafbestimmung: Wenn der Täuschende nur die Absicht hat, von dem Vertragsgegenstand einen ungebührlichen Vortheil zu ziehen; z. B. B. wünscht ein Bild des A zu besitzen, das diesem nicht feil ist; er benützt die Gelegenheit, wo A. dafür einen Aufbewahrer sucht, sich dazu zu stellen, und übernimmt es mit der Verpflichtung, für jeden Zufall durch Zahlung eines den wahren Werth übersteigenden Taxatums zu haften. Nun eignet er das Bild sich zu, spiegelt vor, es sei ihm entwendet worden, bezahlt aber das übereingekommene Taxatum. Hier war die rechtswidrige Zueignung nicht mit einer Beschädigung des Andern verbunden. Oder A. leiht von dem B sein Fuhrwerk, um es zu einer weiten Reise zu benützen, mit der falschen Vorspiegelung, daß er es nur für einen Tag haben wolle, stellt es ihm aber wieder zu, hier findet sich ein Mißbrauch, aber keine Zueignung des Gegenstandes.

b) Bei zweiseitigen Verträgen, deren Wesen darin besteht, daß jeder Theil dem andern etwas Bestimmtes zu leisten hat, wird vorausgesetzt, daß auf Seiten des Betrügers der bösliche Zweck des Vertragsabschlusses dahin ging, die bedungene Leistung des andern Theils sich zuzueignen, ohne die bedungene Gegenleistung zu geben, sei es nun, daß er sie ganz vorenthält, oder sie nicht in einer Beschaffenheit liefert, vermöge welcher sie nicht als eine Leistung, sondern nur als eine Täuschung angesehen werden könnte. Z. B. O. verkauft in betrügerischer Absicht seine Bildersammlung, welche er einst besaß, die er aber schon an einen Andern veräußert hatte, dem U.

Motive zu §. 411 des Entw. „In Vertragsverhältnissen wird der Betrug nur gestraft, wenn der Thäter von Anfang an die Absicht hatte, den Vertrag zur Beschädigung des Andern zu benutzen, sei es, daß der Vertrag nur ein Scheingeschäft war, oder daß er sich der civilrechtlichen Haftungspflicht entzog."

M. vergl. d. §. 402 des Str.G.B. (§. 363 des Entw.) In Braunschweig ging man von der Ansicht aus, daß betrügliche Uebervortheilungen bei Verträgen nur in dem einzigen Falle zu bestrafen seien, wenn der Betrüger nicht im Stande ist, den angestifteten Schaden sofort zu ersetzen. Zwar ließe sich (heißt es in den Motiven zum Str.G.B. §. 313—314) auch festsetzen, daß der Betrug in Verträgen dann strafbar sein soll, wenn er von der Art ist, daß auf den Grund desselben die Aufhebung des Vertrages würde verlangt werden können. Allein das Bedenken, welches sich hiergegen erhebt, besteht darin, daß die Lehre von der Wirkung des Betruges bei Verträgen im Civilrecht nicht frei von Controversen ist, daß also in einzelnen Fällen der Criminalrichter zweifelhaft sein kann, ob eine Untersuchung einzuleiten sei? und daß daher zuvor durch einen Civilprozeß die präjudizielle Frage würde entschieden werden müssen."

Ich halte dies Bedenken für erheblich, bin aber auch mit der Ansicht, daß der Betrug in Vertragsverhältnissen in der Regel für zulässig zu erklären und nur ausnahmsweise zu bestrafen sei, nicht einverstanden. Meiner Meinung nach sollte die Strafbarkeit des Betruges in- und außerhalb der Vertragsverhältnisse als Regel festgehalten, dagegen eine dem Verkehr nachtheilige Ausdehnung des Begriffes durch Bestimmungen vorgebeugt werden, aus welchen der Richter die Ueberzeugung schöpfen könnte, daß es nicht in der Absicht des Gesetzgebers liege, bezüglich auf Handel und Wandel jede Anwendung von List zum Zwecke der Uebervortheilung Anderer strafrechtlich zu verfolgen, daß es bei Vertragsverhältnissen vielmehr darauf ankomme, was durch Uebung und Volkssitte zur allgemeinen Geltung gelangte (sich demnach dem Angeklagten als etwas Erlaubtes, dem durch die Täuschung Verletzten hingegen als etwas Bekanntes darstellt) und ohne wirkliche Hemmung oder Erschwerung des Verkehrs sich durch Erlassung gesetzlicher Verbote nicht beseitigen läßt.

bedingt sich ein Aufgeld von 100 Thalern und macht sich damit auf und davon, dem Käufer das leere Nachsehen lassend — L. verkauft dem M. gemeine Zwiebeln, die er für kostbare Tulpenzwiebeln ausgibt für 300 fl., streicht das Geld ein und verschwindet. Dagegen fallen nicht unter den verbrecherischen Betrug die Fälle, wo die bedungene Gegenleistung zwar gegeben wurde, aber nicht in der bedungenen Beschaffenheit; wer also statt des bedungenen 1834r Champagners 1835r, oder statt französischen, deutschen Schaumwein liefert, oder wer zwar Tulpenzwiebeln gab, aber statt der versprochenen kostbaren, ganz gewöhnliche — begeht zwar einen rechtswidrigen Betrug, aber keinen strafbaren; der Betrogene hat hier seine Hülfe in den Klagen, welche das Civilgesetz ihm giebt, und die auch in den meisten Fällen ausreichen werden. Diese letztern Fälle sind eigentlich nur Uebervortheilungen, während die erstere auf Gewinnung alles Vortheils gehen. Allein die Uebervortheilungen können auch unter Umständen begangen werden, welche sie nach der Bösartigkeit der Absicht des Täuschenden so strafbar machen, als die gänzliche Vortheilsentziehung.

Von diesen Fällen handelt nun die zweite Abtheilung des Paragraphen. Sie spricht von den gleich beim Abschluß des Vertrags vorsätzlich erstrebten Uebervortheilungen, wobei der Täuschende zugleich beabsichtigte, dem Getäuschten jeden Entschädigungsanspruch zu entziehen, was eine viel bösere Willensbestimmung und viel größere Gefährlichkeit verräth, als bei Jenem, der sein betrügliches Spiel nur auf die Gefahr hin wagt, daß ihm der Ueberlistete mittelst Entschädigungsklage 2c. seine Beute wieder abnehme; hier wird die öffentliche Stimme Bestrafung verlangen. Es schien aber nöthig, durch eine Bestimmung dafür zu sorgen, daß die Unterstellung dieses höheren Grades von bösem Willen weder zu sehr erschwert, noch zu sehr erleichtert werde, und diesen Zweck sollen die beiden Sätze erreichen, womit der Paragraph schließt. Der frühere Fall soll ohne Weiteres angenommen werden:

a) wenn aus den Umständen, unter welchen die Täuschung bewirkt wurde, hervorgeht, daß der Täuschende den Zweck hatte, eine unwiederbringliche Beschädigung des Andern herbeizuführen, sich gegen den Erfolg der bürgerlichen Klagen zu sichern;

b) wenn der Täuschende in einer Lage war, worin er voraussehen mußte, daß auf die erhobenen Klagen des Getäuschten er keine Entschädigung mehr zu leisten vermöge, also mit der Voraussetzung einer unwiederbringlichen Beschädigung handelte, ein Fall, der hinsichtlich des bösen Willens dem ersten ganz nahe tritt. Auch hier mögen einige Beispiele zur Erläuterung dienen:

Ein Betrüger vom Handwerk tritt unter falschem Namen und Stand in einem Orte auf, und weiß sich durch eine Kette von Trugkünsten in allgemeines Ansehen und in den Ruf eines ehrlichen Mannes zu setzen. Es gelingt ihm daher leicht, einen Brillantring dem A. zu verkaufen, den ein Juwelier als ächt erkannte und abschätzte, den er aber nachher mit einem ganz gleichen, aber mit einem flacheren Brillant versehenen, kaum halb so viel werth, vertauschte und so den A. übervortheilte. Er entfernt sich nun, und da er unter falschem Namen handelte, so ward es dem A. unmöglich, von ihm je seine Vergütung zu suchen.

C. weiß, daß er kein Vermögen hat, und daß sein Erwerb kaum hinreicht, ihm künftig das dringendste Lebensbedürfniß zu decken; dennoch nimmt er mit betrügerischer Vorspiegelung von Wohlhabenheit Geld auf, um es zu vergeuden, wohl wissend, daß bei ihm kein Ersatz zu erlangen sei.

Beide Fälle sind nach dem §. 411 No. 2 als Betrug zu bestrafen, weil die Uebervortheilung auch darauf angelegt war, dem andern die Entschädigungs- oder Nichtigkeitsklage zu entziehen, ihn gänzlich im Nachtheil zu lassen.

Dagegen bleiben diese Fälle straflos, wenn beim ersten der Verkäufer seine richtigen persönlichen Verhältnisse angegeben und hinreichendes Vermögen zum Ersatz gehabt hätte, und wenn im zweiten dem zur Zeit Vermögenslosen die Aussicht auf ein gewisses natürliches Erbe die Möglichkeit des einstigen Ersatzes eröffnet und er mit der Hoffnung, einst Ersatz leisten zu können, gehandelt hätte."

b) Vom Betruge bei dem Handel mit Juwelen, Gold- und Silberwaaren, ferner bei dem Vollzug der Verträge.

§. 453. „Juweliere, und ebenso andere Gewerbsleute, die mit Juwelen Handel treiben, verfallen, wenn sie Andere dadurch betrüglich beschädigen, daß sie durch belastete Verträge wissentlich unächte Edelsteine als ächte abgeben, ebenfalls in die Strafe des Betrugs." *)

§ 454. „In die gleiche Strafe verfallen Gold- und Silberarbeiter und andere Gewerbsleute, die mit verarbeitetem oder nicht verarbeitetem Gold oder Silber Handel treiben, wenn sie Andere dadurch betrüglich beschädigen, daß sie ungestempelte Waaren dieser Art fälschlich als ächt, oder fälschlich als Waaren von einem höheren Gehalte, als sie wirklich haben, durch belastete Verträge absetzen."

§. 455. „Die gleiche Strafe trifft auch Denjenigen, der einen Andern dadurch beschädigt, daß er bei Eingehung oder Vollziehung eines Vertrags der Sache, die er dem Vertrage gemäß zu übergeben, oder zurückzuliefern hatte, betrüglich eine andere untergeschoben, oder sie in ihrer Beschaffenheit betrüglich verändert hat." *)

Strafrechtliche Verfolgung.

§ 456. „Der Betrug in Vertragsverhältnissen wird nur auf Anzeige des Beschädigten untersucht und bestraft, diejenigen Fälle ausgenommen, da er bei Ausübung eines Gewerbes, oder von Banden, oder von Landstreichern verübt wurde."

Die Zahl der Nachstellungen und Uebervortheilungen in Vertragsverhältnissen, welche als betrüglich bezeichnet werden können, oder mit den Charakteren dieses Verbrechens mehr oder weniger behaftet sind, läuft in's Unendliche; die Justiz würde zur Landplage werden, wenn sie hier überall von Amtswegen einschreiten müßte. Die Gesetzgebung hat darum wohl daran gethan, die Inquisitionsmaxime — beziehungsweise das Einschreiten von Amtswegen — bei dieser Art von Betrügereien aufzugeben. **)

---

*) Commiss.Ber., §. 28 zu §. 412 des Entw. „Bei den Gewerbsleuten, welche mit Juwelen Handel treiben, liegt schon in der Eröffnung dieses ihres Handelsgewerbes das Anerbieten ächter Waare; das Publikum muß also auf ihre Ehrlichkeit um so mehr vertrauen können, als die wenigsten Menschen in der Lage sind, die Merkmale ächter Edelsteine so genau von jenen der unächten unterscheiden zu lernen. Dieses Verhältniß begründet die Nothwendigkeit, bei den belasteten Verträgen der Juweliere mit Andern, wodurch sie Juwelen für eine Vergeltung abgeben, die ächte Edelsteine voraussetzt, so streng zu sein, als wenn sie gleich bei Eingehung des Vertrages beabsichtiget hätten, die bedungene Gegenleistung ganz unerfüllt zu lassen, ohne Rücksicht, ob sie dabei eine wahrheitswidrige Erklärung gegeben, oder den Irrthum des Andern nur durch Vorenthaltung der Wahrheit benützt haben."

Offenbar enthält diese Bestimmung eine Abweichung von der gesetzlichen Definition (§. 450), welche die Juweliere nicht begünstigt, sie vielmehr — und zwar mit vollem Rechte — weit strenger, als andere Gewerbs- und Handelsleute, behandelt. Unrichtig hingegen scheint mir die Ansicht des Berichterstatters, daß diese Strenge bei einseitigen Verträgen nicht nöthig sei, weil wegen des Mangels einer Gegenleistung eine Beschädigung durch das blose Geben nicht möglich sei; denn einmal spricht das Gesetz lediglich von belasteten Verträgen — (L.-R.S. 1106), sodann können allerdings auch bei einseitigen Verträgen Beschädigungen vorkommen, wenn der Acceptant z. B. sich eine Auflage oder eine Bedingung gefallen lassen muß, mit welcher das Geben der Sache verknüpft ist. Man hat hiernach keine Ursache, hier von der §. 452 aufgestellten Regel abzugehen, nach welcher die einseitigen Verträge von den doppelseitigen nur insoweit geschieden sind, als bei den erstern von einer Gegenleistung im eigentlichen Sinne nicht die Rede sein kann.

M. vergl. die Motive zu §. 412. „Das öffentliche Vertrauen, daß demjenigen, der mit Juwelen Handel treibt, mit Grund (?) geschenkt wird, macht ihn zum Verbrecher, sobald er dasselbe zur Täuschung über die Aechtheit seiner Waare, nicht blos über deren Werth, benutzt."

Hinsichtlich des Letztern liegt kein Grund vor, die allgemeinen Bestimmungen der §§. 450 und 452 zu umgehen.

*) In den Fällen des §. 455 so wie in jenen des vorhergehenden §. kämen die §. 52 d. Schrift erörterten Grundsätze von der Fälschung (Betrug im weitern Sinne) zur Anwendung.

Vergl. die Motive zu §. 413 des Entw. „Sind unächte Gold- und Silberwaaren mit dem Stempel der Aechtheit versehen, so wird ihre betrügerische Veräußerung als Fälschung bestraft." §. 442 des Str.G.B.

**) Escher a. a. O. S. 59 und ff. Strafgesetzbuch für das Königreich Würtemberg, Art. 352. Desgleichen für das Großherzogthum Hessen, Art. 392.

§. 58.

C. Fälle, welche mit der Strafe des Betruges belegt werden, obschon sie nicht unter den Begriff des Betruges fallen.

1. Benützung eines bereits vorhandenen Irrthums.

§. 451. „Wer den Irrthum eines Andern, den er nicht selbst veranlaßt hat, durch sein Benehmen unterhält und aus gewinnsüchtiger Absicht zur Beschädigung desselben in seinem Vermögen benützt. ꝛc.“

Dieses Vergehen unterscheidet sich von dem Verbrechen des Betruges (§. 450) dadurch, daß der Irrthum, in Folge dessen der Andere sich zu einer sein Vermögen beschädigenden Handlung bestimmt, durch das arglistige Benehmen des Thäters nicht erzeugt ist, wohl aber bestärkt und unterhalten wird.

Ohne ein positives, arglistiges Benehmen oder pflichtwidriges Schweigen und ohne die gewinnsüchtige Absicht fehlt es jedoch auch an dem Thatbestande dieses Verbrechens. *)

Setzen wir den Fall: A. schuldet dem Peter Ott für abgekauften Wein 500 fl., dieser Betrag gelangt aus Versehen in die Hände des Paul Ott, der ihn, obgleich ihm die wahren Verhältnisse bekannt sind, in Empfang nimmt, eine Quittung dafür mit der Unterschrift: „P. Ott“ ausstellt und sich die Zahlung in gewinnsüchtiger, oder in der Absicht den A. zu beschädigen, widerrechtlich zueignet.

Mehrere Beispiele, welche den Sinn des §. 451, welcher allerdings präziser gefaßt sein könnte *), außer Zweifel setzen, hat der Commissionsbericht der 2. Kammer S. 24, 25 angeführt.

„A. hält den Z. für den ihm täuschend ähnlichen X., der ihm eine Uhr zum Ausbessern gab, er ruft ihm: die Uhr sei fertig, er könne sie in Empfang nehmen. Z. erkennt den Irrthum, aber er benutzt ihn — er empfängt die Uhr und bezahlt den ihm geforderten Lohn, entzieht sich aber für immer den Blicken des getäuschten Uhrmachers.

„M. fordert von seinem Aufbewahrer sein Rohr mit einem Tombackknopfe, erhält aber von diesem aus Irrthum das Rohr des O. mit einem Knopfe von ächtem Golde, — er sieht dieses gleich — schweigt aber, nimmt den fremden Stock an, um ihn zu behalten und mit dem Knopf ein Gewinn zu machen. Er hat hier nach L.R.S. 1134 die Pflicht, seinem Aufbewahrer die Wahrheit zu sagen; — sein Schweigen erscheint also als Verletzung einer Rechtspflicht, und die Annahme des Stockes zugleich als ein Benehmen, wodurch der Irrthum des Andern unterhalten wurde.“ (Schluß folgt.)

*) Motive zu §. 410 des Entw. „Wer z. B. eine Nichtschuld annimmt, fällt noch nicht unter die Strafbestimmung, sondern es muß dazu kommen, daß der andere im Irrthum, mochte er durch zufällige Umstände oder durch eine Täuschung, in die derselbe ohne Einverständniß des Thäters versetzt werden war, entstanden sein, erhellt, sei es durch positive Handlungen oder durch bloses Schweigen, insofern er reden konnte und sollte.“

Es wäre möglich, daß mir Jemand eine Wohlthat erweisen will, indem er mir eine Summe Geldes mit dem Vorgeben, damit eine alte Schuld zu tilgen, übermacht, weil er weiß oder befürchtet, daß ich solche als Geschenk nicht annehmen würde; oder daß ich eine Nichtschuld blos auf den Grund des Nichtwissens, nicht aber des bestimmten Wissens, daß man mir nichts schuldig sei, annehme. Eine Handlung dieser Art kann unmöglich strafbar sein.

*) Commissionsbericht der 1. Kammer S. 8, Bem. zu §. 410 des Entw. (§. 451 des Str.G.B.) Die arglistige Benützung eines Irrthums in gewinnsüchtiger Absicht verhält sich übrigens bezüglich der Strafbarkeit zu der Hervorbringung des Irrthums in gleicher Absicht und zu demselben Zwecke, wie der Gebrauch einer falschen Urkunde (§. 436) zu der Fertigung und dem Gebrauch einer solchen. Sie enthält ein minus.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XVIII. | No. 52. | Mannheim, 27. Dezember 1851.

I.

Die Verbrechen des neuen Strafgesetzbuches, Begriff und Thatbestand.

(Schluß.)

2. Unterdrückung von Urkunden und Acten.

§. 459. „Wer aus gewinnsüchtiger Absicht, oder um den Andern in seinem Vermögen zu beschädigen, Urkunden, auf welche der Andere nach den Vorschriften der bürgerlichen Prozeßordnung (§. 749 No. 1, 2 und 3) Ansprüche hat, unbrauchbar macht, vernichtet oder unterdrückt wird rc."

§. 460. Von Gefängniß oder Arbeitshausstrafe bis zu zwei Jahren wird auch derjenige getroffen, welcher ohne die Voraussetzungen des §. 459 Acten einer öffentlichen Behörde, oder andere fremde Urkunden in rechtswidriger Absicht unbrauchbar macht, vernichtet oder unterdrückt."

Die Vernichtung von Urkunden, welche das Eigenthum oder Miteigenthum eines Andern sind, involvirt das Verbrechen der Beschädigung fremder Sachen. (§. 570 des Str.G.B.) Es handelt sich zunächst nicht um Vorenthaltung der Wahrheit, sondern um gewaltsame Befreiung von einer Verbindlichkeit zur Herausgabe einer Sache, welche Verbindlichkeit das Gesetz dem Inhaber einer solchen Urkunde auferlegt. Daß eine Beschädigung dieser Art widerrechtlich, daß sie bösartig und im Interesse der öffentlichen Ordnung mit Strafe zu bedrohen sei, wird Niemand bestreiten; gleichwohl fehlt hier jenes arglistige, wahrheitswidrige Benehmen, ohne welches weder die Entstellung, noch die Vorenthaltung der Wahrheit zum Betruge gestempelt werden kann. Der Inhaber der Urkunde braucht den Besitz und das Vorhaben der Vernichtung, sowie die wirkliche Unterdrückung der Urkunde nicht zu verhehlen. Nach dem Wortlaute des Gesetzes beruht die Strafbarkeit der That auch keineswegs auf dieser Voraussetzung, sondern auf der Thatsache der Vernichtung und auf dem Vorhandensein der Absicht, zu gewinnen oder zu beschädigen.

Es scheint mir daher nicht richtig, wenn in den Motiven zu §. 417 des Entwurfs behauptet wird: „Unterdrückung von Urkunden ist Vorenthaltung der Wahrheit mit Verletzung einer besondern Rechtspflicht in allen Fällen, wo der Andere ein bestimmtes Recht auf die Urkunde hatte," obgleich ich zugebe, daß durch diese Verletzung der Rechte des Eigenthümers oder Miteigenthümers die Wahrheit möglicherweise gefährdet werden könne. In der Abläugnung des Besitzes einer solchen Urkunde und ihres Inhaltes dürfte eher eine pflichtwidrige Vorenthaltung der Wahrheit zu finden sein, als in der blosen Unterdrückung der Urkunde; dieser Verletzung der Wahrheit erwähnt jedoch die vorliegende Strafbestimmung mit keiner Sylbe.

Indessen hat es die Gesetzgebung nun einmal für gut gefunden, die Unterdrückung von Urkunden und Acten als Betrug zu behandeln. *)

Wenn wir uns hieran halten müssen, so folgt hieraus noch keineswegs, daß nicht Fälle der Unterdrückung von Urkunden vorkommen können, welche sich wirklich als betrügerisch charakterisiren lassen und zur Subsumtion unter den §. 450 Anlaß geben. **)

Jedenfalls findet die Anwendung des §. 459 nur in der Voraussetzung statt, daß der Inhaber der Urkunde

*) Commiss.Ber. der 2. Kammer S. 32. Bemerk. zu §. 417 des Entw. §. 459 d. Str.G.B.)

**) In dergleichen Fällen dürfte sodann das Vergehen im Straferkenntniß als Betrug zu bezeichnen sein, während andernfalls der Thäter nur der Unterdrückung von Urkunden (beziehungsweise Acten) für schuldig erklärt werden kann.

mit dem wirklichen Bewußtsein, das Recht des Andern auf Herausgabe oder Vorlegung zu verletzen, entweder in Folge des Eigenthums — beziehungsweise Miteigenthums, welches dem Andern daran zusteht, oder weil sie in der Absicht verfertigt worden, um als Beweismittel über das im Streite liegende thatsächliche oder rechtliche Verhältniß unter den Betheiligten zu dienen, und weil der Andere wirklich als Betheiligter anzusehen ist, gehandelt habe.

3. Verfügung über eine mit Beschlag belegte oder zum Faustpfand gegebene eigene Sache.

§. 462. „Wer seine eigene bewegliche Sache, die für einen Gläubiger zur Sicherheit oder als Gegenstand der Hilfsvollstreckung, mit gerichtlichem Beschlag belegt ist, dem Beschlag heimlicher Weise entzieht, unter Umständen, unter welchen es dem Gläubiger ganz oder theilweise unmöglich wird, auf anderm Wege zu seiner Befriedigung zu gelangen rc."

§. 463. „Die gleiche Strafe trifft Denjenigen, der unter gleichen Umständen dem Faustpfandgläubiger, oder dem von den Parteien erwählten dritten Inhaber (L.-R.S. 2076) seine eigene, den Gegenstand des Faustpfands ausmachende Sache ohne dessen Wissen und Willen entzogen hat."

Die Strafbarkeit einer solchen Handlung wird ebenfalls Niemand verkennen.

Da die Strafe des Betruges der Strafe der Unterschlagung gleichgestellt ist, so wird es gleichgültig sein, ob die Strafbestimmung in dem Titel von der Unterschlagung oder in jenem vom Betruge zum Vorschein kömmt.

Derselbe Irrthum, welcher die Factoren der Gesetzgebung bewog, die rechtswidrige Unterdrückung einer Sache für eine Vorenthaltung der Wahrheit mit Verletzung einer besondern Rechtspflicht anzusehen, bestimmte die Mehrheit der Commission der 2. Kammer, diese Handlung der Eigenmacht und Gewalt unter den gleichen Gesichtspunkt zu stellen *), obschon es klar ist, daß von List, Verstellung, Entstellung, Unterdrückung der Wahrheit und Verleitung eines Andern zu einer sein Vermögen beschädigenden Handlung durch Erzeugung irriger Vorstellung (Dinge, welche bei dem Betrug durchaus nicht fehlen dürfen), so wenig die Rede sein kann, wenn der Schuldner dergleichen Gegenstände dem Gläubiger heimlich, als wenn er sie öffentlich, z. B. durch Zerschlagen, Zerstören rc. demselben entzieht.

Die eigene Sache wird vielmehr dadurch, daß man sie zu Gunsten eines rechtmäßigen Gläubigers mit Beschlag belegt, unter den von dem Gesetz gedachten Voraussetzungen eine fremde, und wenn der analogen Anwendung des §. 570 etwas im Wege steht, so ist dies meiner Ansicht nach nur dieser §. 462. Die Streichung des Letztern würde hiernach keine Lücke in der Gesetzgebung hinterlassen haben.

Der §. 989 Abs. 3 der Pr.O. enthält nur eine gerichtspolizeiliche Ahndung des Ungehorsams gegen eine obrigkeitliche Verfügung, welche auf die Concurrenz einer in das Gebiet des Strafrechts fallenden verbrecherischen Absicht keine Rücksicht nimmt. *)

4. Betrügliche Entwendung eigener Sachen.

§. 464. „Wer eine in fremder Inhabung befindliche bewegliche Sache, auf deren Zurückforderung ihm ein Recht zusteht, dem Besitze oder der Gewahrsam des Andern ohne dessen Wissen und Willen entzogen hat, und darauf betrüglicher Weise die Zurückgabe der Sache, oder den Ersatz dafür von dem Andern gerichtlich oder außergerichtlich fordert, wird ebenfalls von der Strafe des Betrugs (§. 450) getroffen, wenn auch der Andere dadurch noch nicht in wirklichen Schaden gesetzt wurde."

Allerdings liegt hier in der Forderung des Ersatzes die falsche Vorspiegelung eines Schadens und in dem Bezug der Vergütung die Beschädigung des Andern am Vermögen **)

Allein das Gesetz verlangt (s. §. 56 d. Schr.) noch weiters eine wirkliche Beschädigung als Erfolg der Handlung. Die Täuschung eines Andern mittelst betrüglicher

*) Commiss.Bericht der 2. Kammer S. 33. Bemerk. zu §. 420 des Entw.

*) Motive zu §. 420 des Entw. S. 128.

**) Commiss.Bericht der 2. Kammer S. 34. Bemerk. zu §. 422 d. Entw.

Entwendung der eigenen Sache könnte daher in Ermangelung obiger Vorschrift nur als Versuch bestraft werden.

5. Betrug gegen Gläubiger.

§. 465. „Ein Schuldner, der seine Gläubiger betrüglich verkürzt, namentlich dadurch, daß er

1) Vermögenstheile verheimlicht, auf die Seite schafft oder zum Schein veräußert, Gegenstände von verhältnißmäßig bedeutendem Belange unentgeldlich weggibt, oder um einen auffallend niederen Preis veräußert, oder

2) durch unrichtige Darstellung seiner Vermögensverhältnisse sich fälschlich für zahlungsunfähig erklärt, oder nach ausgebrochener Gant einzelne Gläubiger zum Nachtheil anderer begünstiget, ausstehende Forderungen verheimlicht, erdichtete Schulden aufstellt oder anerkennt,

soll von der Strafe des Betruges (§. 450) getroffen werden."

Dieser §. enthält eine Reihe von Handlungen, die zum Schutze der Gläubiger gegen gewissenlose Schuldner mit Strafe bedroht sind. *)

*) Bekk, Anmerkungen zu dem Gesetze vom 5. Februar 1851, S. 1 u. 2: „Durch diese Bestimmung werden einige Paragraphen des Strafgesetzbuchs abgeändert und einige neu eingeschoben.

Die §§. 465 u. 466 des Strafgesetzbuchs, im Titel „vom Betrug", bedrohten nur die Fälle mit Strafe, wo der Schuldner nach eröffneter Gant durch Verheimlichung oder Beseitigung von Vermögenstheilen, oder durch betrügerische Begünstigung Einzelner, oder durch andere betrügerische Handlungen seine Gläubiger beschädigt, oder wo er vor Eröffnung der Gant, aber nach seiner ihm bekannten Ueberschuldung zur Gefährdung der Gläubiger Vermögenstheile von verhältnißmäßig bedeutenden Belange unentgeldlich weggibt, oder um einen auffallend niederen Preis veräußert, oder seine Verbindlichkeiten durch Ausstellung von Urkunden über unwahre Ansprüche Anderer betrüglich vermehrt.

In den Motiven zum neuen Entwurfe ist nun gesagt, daß darnach viele Betrügereien der gröbsten Art straflos bleiben. „Namentlich sind — heißt es dort — die betrüglichen Mittel, welche im Vollstreckungsverfahren und vor ausgebrochener Gant angewendet zu werden pflegen, um den Erfolg der Vollstreckung oder die Befriedigung der Gläubiger für den Fall einer Ganteröffnung zu vereiteln, in dem Strafgesetzbuche, welches in dieser Beziehung nur von Handlungen nach eröffneter Gant spricht, nicht mit Strafe bedroht, obgleich sie in nicht minderem Grade als gefährlich, betrüglich und strafwürdig erscheinen. Auch die Scheinveräußerung und die betrügliche Insolvenzerklärung bedürfen einer ausdrücklichen Eröffnung.

Sie fallen nicht unter den §. 450, obschon sie von der Strafe des Betruges getroffen werden, weil a) die Beschädigung, welche hier in Frage steht, nicht die unmittelbare Folge der eigenen Handlung des Beschädigten; b) der Zweck der Handlung von jenem des eigentlichen Betruges aus Eigennutz, Bosheit oder Rachsucht (§. 450 und 458) verschieden ist. Man kann Sachen, welche den Gläubigern verfangen sind, verheimlichen, um Gläubiger, welche durch die Abnahme übermäßiger Zinse oder durch ungebührliche, wenn auch nicht strafbare, Uebervortheilung den Vermögenszerfall des Schuldners hervorbrachten zu einem billigen Nachlaß zu bewegen. Aber dergleichen Motive, obgleich sie nur darauf gerichtet sind, eine Iniquität abzuwenden, werden nicht geeignet sein, die Strafbarkeit des Unternehmens aufzuheben, welches hier mit Strafe bedroht ist. Das Epithet „betrügerisch" muß daher in dem Sinne genommen werden, den es durch die bezeichneten Fälle erhält. Demnach verlangt das Gesetz:

1) daß eine der sub. 1 und 2 aufgeführten fraudulösen — auf Arglist und Täuschung beruhenden — Handlungen vorliege;

2) daß diese von einem Schuldner ausgehe zum Zwecke der Verkürzung seiner Gläubiger — (insgesammt oder eines Theiles oder Einzelner derselben);

3) daß eine Verkürzung wirklich eintrete, welche in jener Handlung ihren Entstehungsgrund hat. (Merkmal der Vollendung.)

Damit will ich der analogen Anwendung des §. 465 auf weitere darin nicht ausgedrückte Fälle keineswegs entgegentreten. *)

6. Leichtsinnige und muthwillige Ueberschuldung.

§. 466. „Ein Schuldner, der sich durch

*) Abweichend hievon bemerkt Bekk a. a. O. zu §. 2 des Ges. vom 5. Febr.: „Der neue §. 465 umfaßt nun alle in den beiden §§. 465 u. 466 des Strafgesetzbuchs bedrohten Fälle, und dehnt sie zum Theil durch die Allgemeinheit des Begriffes, und zum Theil durch beigefügte weitere Beispiele noch aus:

a) Das Gesetz, wie der §. 465 jetzt lautet, fordert zweierlei: eine betrügliche Handlung des Schuldners und eine dadurch veranlaßte Verkürzung seiner Gläubiger oder Einzelner derselben.

b) Sind beide Erfordernisse vorhanden, so kömmt die Strafandrohung zur Anwendung, auch wenn keiner der unter Ziff. 1 und 2 erwähnten Fälle vorliegt. Fehlt es dagegen an einer jener beiden Voraussetzungen, so kommt die Strafandrohung nicht zur Anwendung, auch wenn eine der unter Ziff. 1 u. 2 bezeichneten Handlungen vorhanden ist."

übermäßigen Aufwand, unordentlichen Haushalt, Vernachlässigung seines Erwerbszweiges oder durch gewagte, mit seinem Vermögen in offenbarem Mißverhältniß stehende Unternehmungen außer Stand gesetzt hat, seine Gläubiger zu befriedigen, soll, wenn er bei seiner Handlungsweise die nach eröffneter Gant eingetretene Verkürzung der Gläubiger als wahrscheinlich voraussehen konnte ꝛc."

Das Gesetz bedroht hiemit den Fall einer kulposen Verkürzung der Gläubiger durch Begehungs- und Unterlassungshandlungen aus Leichtsinn oder Muthwillen.*)

Die Strafe fällt jedoch ganz oder theilweise weg, wenn die Gläubiger in den hier bedrohten Fällen vor eingetretener Rechtskraft des Straferkenntnisses (also auch bevor dasselbe erlassen wurde), von dem Schuldner oder Andern ganz oder theilweise befriedigt wurden.**)

Man kann nicht läugnen, daß diese Art und Weise sich auf Kosten gutmüthiger Gläubiger eine behagliche Existenz zu verschaffen in neuerer Zeit an Ausbreitung gewonnen hat, daß daher das Gesetz Anerkennung verdiene, und das angedrohte Maximum der Strafe von 6 Monaten, wenn man bedenkt, daß nur auffallende Fälle zur strafrechtlichen Verfolgung gelangen werden, nicht zu hoch gestellt sei.

Gleichwohl wird der Richter bei der Anwendung des Gesetzes auf manche Schwierigkeit stoßen. Die Fragen: ist ein übermäßiger Aufwand ꝛc. vorhanden? Ist dadurch der Zustand der Insolvenz ohne oder unter Mitwirkung anderer Ursachen herbeigeführt worden? Konnte der Schuldner die nach Eröffnung der Gant sich herausstellende Verkürzung seiner Gläubiger als wahrscheinliche Folge seiner Handlungsweise voraussehen? lassen sich nur in auffallenden Fällen mit Sicherheit beantworten.

Immerhin scheint es bedenklich, die Strafbarkeit einer solchen Handlungsweise von der Ganteröffnung, demnach von der Willkühr der Gläubiger (beziehungsweise von einer Mehrheit von Gläubigern) abhängig zu machen.

7. Zahlungsflüchtigkeit der Handelsleute.

§. 467. „Zahlungsflüchtige Handelsleute sollen folgendermaaßen bestraft werden:

a) wegen leichtsinniger Zahlungsflüchtigkeit,

b) wegen boshafter Zahlungsflüchtigkeit." *)

§. 468. „Von der nämlichen Strafe (§. 467, Nro. 2), verbunden mit der im Handelsrecht S. 262 gedrohten, der Masse zufallenden, Geldstrafe, werden auch die Mitschuldigen der boshaften Zahlungsflüchtigkeit (Handelsrecht S. 261) getroffen."

Allgemeiner Milderungsgrund.

§. 470. „Hat der Schuldige vor obrigkeitlichem Einschreiten aus freiem Antriebe dem Beschädigten die Sache wieder zurückgegeben, oder vollen Ersatz geleistet, oder ihn in anderer Weise vollkommen zufrieden gestellt, so wird die Strafe in allen Fällen des gegenwärtigen Titels auf ein Drittel des sonst verschuldeten Maaßes herabgesetzt."

Dieser Milderungsgrund erstreckt sich auch auf die §. 466 gedachten Fälle, insoweit nicht der besondere oben allegirte Zusatz des Gesetzes vom 5. Februar 1851, welcher ein plus der Begünstigung enthält, die Realisirung des für alle Fälle statuirten minus ausschließt.

§. 59.

Von Fälschung und Betrug zur Beeinträchtigung von Familienrechten.

(Tit. XXXII. des Str.G.B.)

Die Vergehen, welche in diesem Titel zusammengestellt sind, fallen theils unter den Begriff der Fälschung, theils unter jenen des Betruges im engern Sinne, insofern sie nämlich unter Umständen verübt wurden, welche (abgesehen von dem hier anders bestimmten Strafmaaße) ihre Subsumtion unter den §. 450 rechtfertigen, theils stehen sie zu dem Betruge (als Gattungsbegriff) hinsichtlich der Mittel, welche zur Erreichung des verbrecherischen Zweckes angewendet werden, in einem nahen Verwandtschaftsverhältniß. Sie zeichnen sich hinwieder von den Tit. 30

*) Bekk a. a. O. Seite 4.

**) Es beruht diese von dem §. 470 des Str.G.B. abweichende für den Fall des §. 466 ausschließlich erlassene besondere Bestimmung auf dem Gesetz vom 5. Februar 1851.

*) Den Umfang dieses Verbrechens bestimmt das Handelsrecht. Das Gesetz verweist auf die Sätze 250 und 251, sodann 257, 258 und 261 des Anhanges zum Landrecht.

und 31 mit Strafe bedrohten Vergehen durch den Gegenstand und die höhere Strafbarkeit aus.*)

§. 471. „Beeinträchtigung der Familienrechte: (1. durch Fälschung öffentlicher Urkunden.) Wer eine falsche öffentliche Urkunde fertigt, oder eine ächte öffentliche Urkunde verfälscht, und davon, als von einer ächten, Gebrauch macht, um sich oder einem Andern einen ihm nicht gebührenden Familienstand zuzueignen, oder den Familienstand eines Andern zu unterdrücken rc.“ **)

§. 472. (2. Durch andere betrügliche Mittel.) „Wurde durch andere betrügliche Mittel, als durch falsche oder verfälschte öffentliche Urkunden, eine solche Beeinträchtigung der Familienrechte bewirkt rc.“ *)

---

*) Comm.Ber. der 2. Kammer (Aschbach) S. 38: „Die Sicherung der Familienrechte muß die Gesetzgebung als eine ihrer wichtigsten Aufgaben betrachten. Die Familie ist ein schon von der Natur geheiligtes Band, das die Menschen auf das Innigste mit einander verknüpft, das alle Verhältnisse des bürgerlichen Lebens durchzieht, und worauf wesentlich das Dasein des Staates beruht, denn dessen Uranfang, sowie sein Fortbestand liegt in der Familie. Die Beeinträchtigungen der Familienrechte müssen also als Rechtsverletzungen von der höchsten Bedeutung behandelt werden; sie ergreifen nicht blos Vermögensvortheile, sondern auch die wichtigsten Lebensverhältnisse des Menschen und erstrecken ihre Wirksamkeit nicht selten auf ganze Geschlechter, nicht blos auf Einzelne. Es ist daher nöthig, daß die Gesetzgebung durch strengeren Strafzwang diesen hochwichtigen Rechten den kräftigsten Schutz gewähre.“

**) Derselbe, S. 38 und 39: „Die Frage, was zum Begriff des Familienstandes gehöre? wird im Entwurfe nicht näher bestimmt. Diese allgemeine Beziehung muß also auch im allgemeinsten Sinn verstanden werden. In diesem aber wird Familienstand nicht blos durch das Verhältniß der Geburt oder Abstammung begründet, sondern auch durch das civilrechtliche Institut der Adoption; denn wenn auch diese dem Adoptirten seinen ursprünglichen Familienstand vorbehält, und ihm in der Familie des Adoptirenden nicht alle Familienrechte zutheilt, so gibt sie ihm doch nicht blos in Bezug auf Vermögen, sondern auch in Bezug auf seine Person Rechte und Pflichten, die als Ausfluß eines Familienstandes erscheinen. Im Erbrecht auf das Vermögen des Anwünschenden steht der Adoptirte den nachgeborenen ehelich erzeugten Kindern des Anwünschers gleich, und ist er allein, so schließt er dessen übrige Verwandten von der Erbschaft aus (L.R.S. 350). Er erhält zu seinem Familiennamen den Namen des Anwünschers; ihn treffen gewisse Eheverbote in Verhältniß zu dem Anwünscher und dessen Familienglieder (L.R.S. 348); es entsteht zwischen ihm und dem Anwünscher die Pflicht zur Reichung des Unterhaltes. Der Angewünschte erhält also zu der Familie, in welche er tritt, wenn auch nicht den vollen, doch immer einen beschränkten Familienstand und dieser kann ihm auf dieselbe Weise, wie dem auf Blutsverwandtschaft beruhenden Familienstand gefährdet werden, indem ein Anderer sich für den verschwundenen Adoptirten ausgibt, oder die Adoptionurkunde unterdrückt. Ebenso begründet auch das Verhältniß der Ehe unter den beiden Ehegatten unzweifelhaft einen Familienstand; die Ehe ist ja eigentlich die Grundlage der Familienrechte. Die Frau erhält hier den Namen des Mannes, nimmt Theil an seinem Range und Stande; die Ehe gibt beiden Gatten die wichtigsten Rechte und Pflichten, sowohl hinsichtlich der Person als des Vermögens, und insbesondere in Bezug auf die in der Ehe erzeugten Kinder. Der Betrüger, welcher sich für den verschollen geglaubten Gatten ausgibt, der Mann, welcher durch Vernichtung der Beweisurkunden seiner Gattin das Band der Ehe ableugnet und sie so um ihre Rechte bringt, begeht unzweifelhaft einen Betrug am Familienstande.“

Siehe ferner dessen Bemerkung zu §. 428 des Entw. (§. 471 des Str.G.B.): „Der Familienstand wird durch öffentliche Beurkundung in den bürgerlichen Standesbüchern sicher gestellt, worin von dem zu ihrer getreuen Führung angestellten Beamten, mit der erforderlichen Form, alle Geburts- und Sterbfälle und Heirathen eingetragen werden müssen (L.R.S. 34—85), so wie auch das Erkenntniß der Oberbehörde, wodurch eine Adoption bestätigt wird, wobei der Eintrag die nothwendige Bedingung zur Wirksamkeit der Anwünschung ist (L.R.S. 357, 359). Die von dem hiezu befugten Beamten beglaubigten Auszüge aus jenen Büchern haben ebenfalls volle Beweiskraft und gelten als öffentliche Urkunden. Eine gefährliche Beeinträchtigung des Familienstandes kann also hier eigentlich nur durch Fälschung öffentlicher Urkunden verübt werden, nämlich durch Fälschung oder Verfälschung in den öffentlichen Standesbüchern oder der daraus gemachten Auszüge oder der Adoptionsbestätigungen. Daher beschränkt auch dieser Paragraph seine strengere Androhung (Arbeitshaus oder Zuchthaus bis zu 8 Jahren) nur auf die Fälle, wo durch Fälschung öffentlicher Urkunden zur Verübung des Verbrechens gehandelt wurde, und nur auf die Voraussetzung, daß der verbrecherische Zweck des Thäters dahin ging, den fremden Familienstand sich oder einem Andern zuzueignen, oder einem Andern seinen Familienstand zu unterdrücken. Die Fälle, wo nur zur Beeinträchtigung einzelner aus dem Familienstand folgender Rechte gefälscht wurde, also z. B. die Fälschung eines Todtenscheins, um den Erbtheil eines Bruders zu gewinnen, gehören zu den gewöhnlichen Fälschungen. Uebrigens folgt aus der Bestimmung des §. 383, daß dieses Verbrechen schon durch den blosen Gebrauch der falschen Urkunden, ohne Rücksicht auf einen Erfolg, vollendet wird, was auch die Fassung durch die Worte: „wer fertigt oder verfälscht“ ausdrückt.“

*) Durch die Worte: „wer eine solche Beeinträchtigung der Familienrechte bewirkt“ wird klar ausgedrückt, daß auch hier nur die zwei Fälle des vorausgegangenen Paragraphen gemeint sind, Aneignung oder Unterdrückung eines fremden Familienstandes. In dem Gebrauche des Wortes Familienrechte kann also keine Veränderung des Gegenstandes gefunden werden. Die Verschiedenheit wird hier nur in das Täuschungsmittel gelegt, in den Umstand nämlich, daß die betrügliche Beeinträchtigung durch andere Mittel, als falsche oder verfälschte öffentliche Urkunden bewirkt wurde. Es werden also hier

§. 473. (3. Durch Unterschiebung von Kindern.) „Wurde der Familienstand eines Kindes unter 7 Jahren durch Unterschiebung oder Verwechslung desselben betrüglich unterdrückt ꝛc.“ *)

§. 474. (Betrügliche Verleitung zur Ehe.) „Wer eine Person, mit Verschweigung der ihm bekannten gesetzlichen Ehehindernisse oder sonst mittelst eines Betrugs, wegen dessen der getäuschte Theil auf Nichtigkeit der Ehe klagen kann, zur Eingehung einer Ehe verleitet, wird, wenn die Ehe für nichtig erklärt worden ist ꝛc.“ *)

---

selbst die falschen Privaturkunden andern Täuschungsmitteln gleichgestellt, und dieses aus dem Grunde, weil erstere hiebei nicht gefährlicher erscheinen. Gleichwohl kann der Gebrauch derselben möglicherweise zum Ziele führen; denn nach L.R.S. 46 wird in den Fällen, wo die Bücher zur Beurkundung des bürgerlichen Standes nicht vorhanden, oder in Verlust gekommen sind, der Beweis des Familienstandes unbeschränkt durch Urkunden und durch Zeugen zugelassen, selbst durch Bücher und Papiere der verstorbenen Eltern. Unter diesen Paragraphen würde übrigens auch der Fall kommen, wenn der Betrüger das bürgerliche Standesbuch vernichtete und nun die andere falschen Beweismittel herbeischaffte; denn der §. 428 beschränkt sich ausdrücklich auf die Fälschung und Verfälschung von Urkunden, und der §. 417 behandelt die durch Vernichtung und Unterdrückung von Urkunden bewirkten Beeinträchtigungen nur als Betrug. Der Entwurf betrachtet dieses Verbrechen als einen durch die Wichtigkeit der beabsichtigten Rechtsverletzung mehr strafbaren Betrug; weßhalb denn auch die Vollendung von dem Eintritte eines Erfolges bedingt ist, was die Worte: „wer eine solche Beeinträchtigung bewirkt,“ klar zu erkennen geben, indem anderufalls das Wort „bezweckt“ hätte gebraucht werden müssen.“

*) „Das Verbrechen der Entziehung oder Unterdrückung des Familienstandes wird am gewöhnlichsten begangen durch die Unterschiebung oder Verwechselung eines Kindes. Dies kann geschehen in Verbindung mit dem Kinderdiebstahl, wenn nämlich der Verwechselnde das fremde Kind sich zueignet und den Eltern desselben das seinige übergibt, mit der Vorspiegelung, es sei das ihrige, was bei Säugammen, denen das neugeborene Kind sogleich übergeben wurde, nicht selten vorkömmt, wenigstens da, wo es üblich ist, solche Kinder auf das Land zur Ernährung und Verpflegung zu geben. Allein es kann auch ohne diese Verbindung verübt werden, z. B. wenn der Säugamme das ihr anvertraute Kind stirbt und sie nun ihr eigenes Kind für das fremde ausgibt und so in die fremde Familie bringt; ferner wenn im Einverständnisse mit den Eltern ein fremdes Kind in eine andere Familie gebracht wird, sei es, um es mit einem Kinde andern Geschlechtes zu vertauschen, oder um den aufnehmenden Eltern den Mangel an eigenen Kindern zu ersetzen. Die Leichtigkeit, diesen Betrug zu begehen, die Schwierigkeit, ihn zu entdecken, besonders wo die Eltern im Einverständnisse handeln, und die daraus entstehende größere Gefährlichkeit für den Familienstand ist der Grund für die Androhung einer größeren Strafe, als bei den vorderen Fällen. Diese Umstände sind jedoch nur anzunehmen, wenn das Kind noch in einem geringen Alter ist, weßhalb unser Entwurf seine strenge Strafe blos in der Voraussetzung eintreten läßt, daß das untergeschobene oder verwechselte Kind das siebente Jahr noch nicht erreicht hatte. Das höchste Maaß der Strafe ist sehr bedeutend und übertrifft das im würtembergischen Entwurf bei weitem, wo es nur sechs Jahre Arbeitshaus beträgt. Allein es gibt auch Fälle von außerordentlicher Schändlichkeit, wo durch diesen Betrug die ganze Wohlfahrt eines Menschen vernichtet, wo er den günstigsten Verhältnissen entzogen und in namenloses Elend gebracht wird. Für diese schweren empörenden Fälle wurde das Maximum mit Recht so hoch gestellt; für die minder strafbaren Fälle kann bis auf sechs Monate Arbeitshaus heruntergegangen werden. Der Paragraph ändert übrigens hier den Ausdruck; er gebraucht für das Wort Entziehung den Ausdruck: Veränderung des Familienstandes, was weiter führen und wohl auch den Fall betreffen würde, wo ein Nachgeborener dem Erstgeborenen unterschoben wird, um diesem die Rechte der Erstgeburt in Bezug auf Stammgut oder Lehensgut zuzuwenden. Allein die Absicht geht offenbar nicht auf diese Erweiterung, der Entwurf hat immer nur dieselbe Rechtsverletzung im Auge, welcher im §. 428 erwähnt wird, und ordnet nur auf die verschiedene Begehungsart verschiedene Strafen.“

*) „Das hier bezeichnete Verbrechen setzt voraus, daß eine Ehe zum Abschluß kam unter Umständen, die einen Theil berechtigen, auf Nichtigkeit dieser Ehe zu klagen, daß dieser Theil von dem andern, der diese Umstände kannte, absichtlich über das Dasein dieser Umstände getäuscht wurde, sei es durch Verschweigung derselben, oder mittelst falscher Vorspiegelungen, und so zu einer nicht freien Einwilligung in die Verbindung verleitet worden ist. Es wird ferner vorausgesetzt, daß die Nichtigkeitserklärung der Ehe bewirkt worden ist. Solche Gründe zur Nichtigkeitsklage sind nach unserm Landrechte:

1) Irrthum über die Person des Theils, womit die Ehe eingegangen werden soll (L.R.S. 181);
2) mangelnde Einwilligung der Eltern, Großeltern und des Familienraths (L.R.S. 182);
3) Mangel der Ehemündigkeit (L.R.S. 144, 184);
4) das Bestehen einer frühern Ehe (L.R.S. 147, vorbeh. S. 139);
5) verbotene Verwandtschaftsgrade (L.R.S. 161—163);
6) die Verbote wegen des durch die Adoption begründeten Verhältnisses (L.R.S. 348);
7) der Fall des L.R.S. 228 a);
8) die Fälle der sog. Eheverfänglichkeit, wo Ehehindernisse durch ein Verbrechen weggeräumt wurden, z. B. durch die Tödtung des ersten Ehegatten;
9) der Fall des L.R.S. 191, wenn die Ehe nicht vor dem zuständigen Beamten abgeschlossen worden war.

In allen diesen Fällen läßt sich denken, daß der eine Theil durch arglistiges Verschweigen oder durch Trugkünste dem andern Theil die Kenntniß jener Ehehindernisse entzog und ihn so zu einer nichtigen Ehe brachte.

In manchen dieser Fälle kann nicht nur der getäuschte Theil auf die Vernichtung der Ehe klagen, sondern auch gewisse Verwandte,

§. 475. (Strafe des Versuchs.) „Wurde die Ehe nicht eingegangen, so gilt solcher Betrug als Versuch, der mit Kreisgefängniß bestraft wird, in so fern der eine oder der andere Theil bereits den Trauschein nachgesucht hat."

§. 476. (Beschränkung der Strafverfolgung) In den Fällen der §§. 471 bis 473 und 475 tritt Untersuchung und Bestrafung nur auf die Anzeige eines Betheiligten ein."

Die Frage, welche Fälle als schwere, und welche als leichte (leichtere) zu behandeln seien, bleibt auch hier dem richterlichen Ermessen anheimgestellt. Zuversichtlich sind jene Fälle, bei welchen gesetzliche Milderungsgründe eintreten, den leichtern, jene dagegen, bei welchen sich gesetzliche Erschwerungsgründe offenbaren, den schweren beizuzählen; der Richter ist jedoch nicht auf dieses Criterium beschränkt.

Die §§. 482 und 483 (die Verbindung von wenigstens drei Personen zur Verübung mehrerer, einzeln noch unbestimmter, Verbrechen des Raubes 2c. betr.) sind auch hierher zu beziehen.

II.

1) Ein jeder, welcher an dem hochverrätherischen Aufruhr des Jahres 1849 vorsätzlich Theil nahm, ist für den dadurch verursachten Schaden sammtverbindlich haftbar, auch wenn er sich mit den Urhebern oder Anstiftern nicht verabredet hatte.

2) Ein besonderer Beweis über den ursachlichen Zusammenhang des Schadens mit den Handlungen des einzelnen Theilnehmers ist zur Verurtheilung desselben nicht erforderlich.

Annalen XVIII., 285.

Ein gewisser C. Herbstritt von Ettenheim, welcher am 2. Juni 1849 einen durch den revolutionären Civilcommissär angeordneten Executionszug nach Kippenheimweiler mitgemacht hatte, wurde wegen Theilnahme am Hochverrathe zu zweijähriger Zuchthausstrafe verurtheilt. Da aber das Strafurtheil hinsichtlich des Schadensersatzes keine Bestimmung enthält, so erhob der großh. Fiscus gegen Herbstritt eine Civilklage, worin auszuführen gesucht ward, daß der Beklagte wegen seiner Betheiligung an dem hochverrätherischen Aufruhr mit den übrigen Theilnehmern sammtverbindlich zum Ersatze des der großh. Staatskasse hierdurch zugegangenen Schadens verhaftet sei.

Auf gepflogene Verhandlung erfolgte in erster und zweiter Instanz ein dem Klaggesuch entsprechendes Erkenntniß, wogegen der Beklagte die Oberberufung ergriff.

Der oberhofgerichtliche Referent fand die auf den L.R.S. 1382d. gestützte Klage nicht begründet, indem hiernach erfordert werde:

1) daß die Theilnehmer an demselben Verbrechen das Zusammenwirken bei diesem Verbrechen verabredet hatten, daß sie mithin zum Zweck der Verübung desselben in eine verbrecherische Verbindung getreten waren, und

2) daß sie in Folge dieser Verabredung bei der Verübung zusammen wirkten, daß mithin das Verbrechen von ihnen gemeinschaftlich verübt worden war. Der L.R.S. 1382d. setze demnach voraus, daß unter mehreren Personen, welche an der Verübung eines Verbrechens Theil genommen, eine verbrecherische Verbindung (ein Complott) bestanden habe. Der Beklagte sei aber kein socius ex compacto, sondern nur ein socius accidentaliter talis gewesen und daher auch nur für den durch seine vereinzelte Handlung verursachten Schaden tenent, indem die civilrechtliche Haftbarkeit nicht weiter gehen könne, als die criminalrechtliche Verantwortlichkeit. Daß aber dem Staate durch die Handlung des Beklagten irgend ein Schaden zugegangen sei, werde in der Klage gar nicht behauptet. Von einer Sammtverbindlichkeit würde nur dann die Rede sein können, wenn der Kläger ausgeführt und bewiesen hätte, daß der Beklagte mit den Urhebern und Anstiftern des hochverrätherischen Aufruhrs und des dadurch dem Staate zugefügten Schadens in einer verbrecherischen Verbindung gestanden sei. Da es jedoch in dem vorliegenden Falle an dieser nothwendigen Voraussetzung fehle und namentlich kein Grund vorliege, den Beklagten für den schon vor dem 2. Juni 1849

---

dritte Personen und der Kronanwalt. Da der Paragraph nicht sagt, daß auf die Klage des getäuschten Ehetheils die Nichtigkeitserklärung erfolgt sein müsse, so genügt es, wenn nur überhaupt die Nichtigkeit der Ehe ausgesprochen wurde, von wem immer auch die Klage war erhoben worden. Das Moment der Rechtsverletzung, Verleitung zu einer nichtigen Ehe, liegt ja auch hier vor. Das Strafmaaß wurde angemessen erachtet; der Nachsatz behält übrigens schwere Strafe vor, wenn die That zugleich in ein schwereres Verbrechen übergeht, wie z. B. wenn durch die Eingehung der Ehe das Verbrechen der zweifachen Ehe oder der Blutschande wäre begangen worden."

entstandenen Schaden, welcher mit seiner Handlung in keinem ursachlichen Zusammenhang stehe, verantwortlich zu machen, so sei derselbe durch die Verurtheilung zum Schadensersatze offenbar beschwert.

Das Collegium (I. Sen.) theilte indessen diese Ansicht nicht und bestätigte unterm 21. Okt. 1851 die Urtheile der vordern Instanzen.

Entscheidungsgründe.

Der L.R.S. 1382 d. bestimmt: „Von mehreren Thätern, die zu einem Erfolg zusammen wirkten, sind alle Jene, die vorsätzlich handelten, sammtverbindlich.“

Wenn man nun diesem Gesetze die Auslegung geben will, daß die Sammtverbindlichkeit für den Schaden eines durch mehrere Theilnehmer verübten Verbrechens auf die Fälle vorgängiger Verabredung (societas ex compacto) beschränkt werden sollte, so steht dem vor Allem der Buchstabe des Gesetzes entgegen. Wenn nämlich der Gesetzgeber hier von einem Zusammenwirken Mehrerer zu einem verbrecherischen Erfolg sprach, so mußte ihm gegenwärtig sein, daß der Wille und die Thätigkeit verschiedener Personen in mehrfacher Weise die wirkliche Ursache eines bestimmten verbrecherischen Erfolgs werden kann, daß insbesondere das Zusammenwirken auf denselben Erfolg in der Eigenschaft von Miturhebern oder auch in der von Urhebern und Gehilfen, daß es mit vorgängiger Verabredung und eben so auch ohne solche geschehen kann; wenn nun der Gesetzgeber ohne alle Unterscheidung zwischen diesen in Bezug auf Zurechnung zur Strafe criminalrechtlich so wesentlich verschiedene Arten des Zusammenwirkens auf denselben Erfolg die Sammtverbindlichkeit für den angerichteten Schaden festsetzte, so zeigte er schon dadurch, daß er diese Sammtverbindlichkeit keineswegs auf den Fall des Complotts beschränken wollte; er zeigte diese seine Absicht noch ganz besonders dadurch, daß er als Bedingung der Sammtverbindlichkeit **vorsätzliches** Handeln des Mitschuldigen verlangte; denn hätte er unter dem Zusammenwirken nur den Complott verstanden, so hätte doch an ein unvorsätzliches Handeln dabei nicht gedacht werden können, und der Satz, daß von mehreren Verbrechern, welche ein Verbrechen in Folge vorher gegangener Verabredung gemeinschaftlich ausführten, alle die sammtverbindlich für den Schaden seien, welche vorsätzlich handelten, wäre in der That juristischer non sens.

Daß nach dieser aus dem Wortlaut des Gesetzes mit Nothwendigkeit hervorgehenden Auslegung desselben die civilrechtliche Haftbarkeit des Verbrechers viel weiter geht, als die strafrechtliche, ist nicht zu läugnen, es kann aber darin auch entfernt nicht eine Ungerechtigkeit gefunden werden.

Sofern es sich um die öffentliche Sühne einer unerlaubten Handlung frägt, ist es eine Forderung der Gerechtigkeit, daß beim Zusammenwirken Mehrerer zu demselben Verbrechen die Thätigkeit jedes Einzelnen nach allen Rücksichten der Zumessung gewürdigt werde, wie denn auch hier schon gemeinrechtlich selbst der Grundsatz, daß beim Complott Jeder mit der ordentlichen Strafe zu belegen sei, bestritten und von einzelnen Particulargesetzgebungen auch verlassen ist. Vergl. **Feuerbach** 14. Aufl., §. 47, No. III., IV.

Ganz anders verhält es sich im Civilrecht, wo der Verbrecher einem Beschädigten gegenübersteht; hier erscheint Jeder als Urheber des Schadens, dessen Absicht auf Hervorbringung des Verbrechens, als dessen naturgemäße und mittelbare Folge sich der Schaden darstellt, gerichtet war; und es wäre eine durch nichts gerechtfertigte Härte des Gesetzgebers gegen den unschuldigen Beschädigten, wollte er demselben zumuthen, daß er dem Verbrecher außer seiner vorsätzlichen Mitwirkung zum Verbrechen noch weiter den ursächlichen Zusammenhang zwischen seiner besonderen Thätigkeit und dem durch das Verbrechen im Ganzen erwachsenen Schaden nachweise.

Auch die im Gesetz vom 6. März 1845 über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen §. 8 und 9 gemachten Zusätze zu L.R.S. 1382 d. geben keinen Anhalt zu der entgegengesetzten Auslegung des letzteren. Wenn nemlich mit jedem Verbrechen gewisse schädliche Folgen naturgemäß so verbunden sind, daß in dem Beweis der auf das Verbrechen gerichteten Absicht schon an und für sich auch der Beweis des auf die Beschädigung gerichteten Willens enthalten ist, so gibt es auch schädliche Folgen von Verbrechen, bei welchen dies nicht der Fall ist, und hinsichtlich deren vielleicht die Untersuchung den vollen Beweis liefert, daß sie durch die Absicht der zusammenwirkenden Thäter geradezu ausgeschlossen waren; wenn nun hinsichtlich dieser Fälle der gedachte § 8 des neuen Gesetzes bestimmt, daß die Sammtverbindlichkeit durch den Complott bedingt sei, so ist damit die Regel des L.R.S. 1382 d. eher bestärkt als abgeändert, so wie auch der §. 9 des gedachten Gesetzes nichts weiter als eine Anwendung der Regel des L.R.S. 1382 d. auf den Fall der Tödtung oder Körperverletzung bei Raufhändeln enthält. Da nun ein hochverrätherischer Aufruhr, wie wir denselben im Jahr 1849 erlebt haben, ein Verbrechen ist, welches ohne vorsätzliches Zusammenwirken Vieler nicht möglich ist, und ohne eine enorme Beschädigung des Staats gar nicht gedacht werden kann und da der Beklagte vom Strafrichter für schuldig erkannt ist, zu einer Zeit, wo dieser Aufruhr zwar ausgebrochen aber noch nicht beendigt war, vorsätzlich zu dessen Beförderung mitgewirkt zu haben, so wurde er mit Recht für den ganzen durch das Gesammtverbrechen, an welchem er sich betheiligte, verursachten Schaden sammtverbindlich haftbar erklärt. **D. R.**

Berichtigung.

In No. 50 S. 396 Spalte 1 Zeile 18 von oben ist zu lesen: quamvis sciens prudensque, **debitorem non esse solvendo**, recipiat.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath **Bayer**. Verlag von J. **Bensheimer** in Mannheim. Druck von C. **Schmelzer** in Mannheim.